Die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung wegen verwerflichen Empfanges

Ein Beitrag zur Bedeutung des § 817 BGB.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Erlangen

vorgelegt von

PAUL JUSTIN SCHILLING
aus Düsseldorf
Anwaltsassessor.

Approbiert am 17. I. 39.

1 9 NOLTE 39

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

1939 №80

Referent: Univ.-Professor Dr. Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

LITERATUR

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 2. Bd. 2. Abt. 3. Aufl. Halle 1906.
— Pandekten. 2. Bd. Obligationenrecht, 4. Aufl. 1894.
verhältnisse. 9. Aufl. Marburg 1923.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerl, Rechts. 1. Bd. 2. Abtl. Recht der Schuld-
Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 2. Bd. Recht der Schuldverh. 11. Bearb., Marburg 1930.
Hölder: Institutionen des römischen Rechtes. 2. Aufl.
Heck: Grundriß des Schuldrechts.
— Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft. Tübingen 1937.
Lehmann: Allgemeiner Teil des BGB. 4. Aufl. 1933.
Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht. Breslau 1934.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch. 1. Buch Allgem. Teil. 2. Buch Recht der Schuldverh. 5. Aufl. 1929.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. Bd. 1 Allgem. Teil, Bd. 2 Recht der Schuldverh. Amtl. Ausgabe 1888.
Mugdan: Die gesammelten Materialien zum BGB. für das Deutsche Reich. 2. Bd. Recht der Schuldverh. 1899.
Planck: Kommentar zum BGB. 1. Bd. Allgem. Teil und Recht der Schuldverh. 1. Hälfte. 2. Bd. Recht der Schuldverh. 2. Hälfte, 4. Aufl. 1928
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des BGB. Bd. I Allgem. Teil und Recht der Schuldverh. I. 1897, Bd. II. Recht der Schuldverh. II. 1898.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. 8. Aufl. 1934.
v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. 5. Bd.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 1. Bd. Allgem. Teil. 2. Bd. Recht der Schuldverh., 3. Teil. 9. Aufl. 1929
Warneyer: Kommentar zum BGB 1. Bd. 1923.
— Rechtsprechung des Reichsgerichts.
Windscheid-Kipp: Pandektenrecht. 2. Bd.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg: StGB. Leipz. Kommentar, 3. Aufl.
Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 117, Bd. 120, Bd. 124.
Deutsche Juristenzeitung. 1936, 1902 (7)
Deutsches Recht. 8. Jahrg.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruchots Beiträge.
Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung. 1. Bd. Teil 6. Halle a. S. 1913.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Schmollers Jahrbuch Bd. 57 1933. Heft 5.
Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 56. Heft, 1936.
Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht.
Handwörterbuch für Rechtswissenschaft. Band 5.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533919_0068

ANORDNUNG

Erstes Kapitel: Die im BGB getroffene Regelung der ungerechtfertigten Bereicherung wegen verwerflichen Empfanges.

A. Die Regelung des § 817 Satz 1 und Satz 2.

B. Problemstellung:

1. Die Frage der Berechtigung eines besonderen Bereicherungsanspruchs wegen verwerflichen Empfanges.
2. Die unbilligen Ergebnisse der Ausschlußklausel des § 817 Satz 2.

Zweites Kapitel: Die Berechtigung des Herausgabeanspruchs wegen verwerflichen Empfanges.

A. Die Herausgabe wegen verwerflichen Empfanges im bisherigen und im geltenden Recht:

1. Die Geschichte der condictio ob turpem vel iniustam causam:
   a) Das römische Recht.
   b) Das preußische Allgemeine Landrecht.
   c) Die Regelung des BGB.
2. Die Entwicklung der Nichtigkeitsbestimmungen wegen Verstoßes gegen das Gesetz oder die guten Sitten, §§ 134, 138.
3. Das Verhältnis des § 817 Satz 1 zu der allgemeinen Kondiktion des § 812 in Verbindung mit den §§ 134, 138.
   a) Der eigene Anwendungsbereich des § 817 Satz 1.
   b) Die Bedeutung des § 817 Satz 1 n e b e n der Kondiktion des § 812 in Verbindung mit den §§ 134, 138.

B. Die Herausgabe wegen verwerflichen Empfanges im kommenden Recht:

1. Die Beibehaltung einer besonderen condictio wegen verwerflichen Empfanges ist nur im Zusammenhang mit der Neugestaltung des ganzen BGB zu entscheiden.
2. Die Beibehaltung aus dem Gesichtspunkt der Strafe ist abzulehnen:
   a) Der Begriff der Strafe ist dem BGB grundsätzlich fremd.
   b) § 817 Satz 1 ist keine Strafvorschrift.
3. Das Schicksal der condictio furtiva.

Drittes Kapitel: Die Bedeutung der Ausschlußklausel des § 817 Satz 2.

A. Die Ausdehnung der Ausschlußklausel des § 817 Satz 1 auf die condictio des § 812.

1. Die Ausdehnung auf Grund der Einheitlichkeit aller Bereicherungsansprüche:
   a) Das Gesetz läßt die Ausdehnung nicht zu.
   b) Die Geschichte der Ausschlußklausel widerspricht der Ausdehnung:
      aa) Die Ausschlußklausel im römischen Recht.
      bb) Die Meretrixglosse und der erste Entwurf.
      cc) Der Verlegungsbeschluß der zweiten Kommission.

2. Die Ausdehnung und der Strafgedanke:
a) Der Grundsatz der melior causa possidentis widerspricht dem Strafgedanken.
b) § 817 Satz 2 verletzt das Prinzip der Gleichmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit der Bestrafung.
3. Das argumentum a fortiore ad minus begründet nicht die Ausdehnung.

B. Die Einschränkung der Ausschlußklausel auf den Tatbestand des § 817 Satz 1.
1. Allein die Einschränkung entspricht der Billigkeit.
2. Die unzulänglichen Einschränkungsversuche der Rechtsprechung und herrschenden Lehre.

C. Der Rückforderungsausschluß im kommenden Recht.
1. Die Beseitigung der Ausschlußklausel im kommenden Recht.
2. Die Aufnahme einer Konfiskationsmöglichkeit in die Ausschlußklausel.

ERSTES KAPITEL.

Die im BGB. getroffene Regelung der ungerechtfertigten Bereicherung wegen verwerflichen Empfanges.

Das BGB. gewährt in § 817 [1]) einen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger einer Leistung, wenn der Zweck der Leistung in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen hat. Das Gesetz bezweckt durch die Zulassung dieser Rückforderung nicht, für die Zukunft ein verwerfliches Verhalten zu verhindern; vielmehr soll hiermit die in der Annahme der Leistung sich kundgebende verwerfliche Gesinnung des Empfängers getroffen werden, um im Volksleben den Sinn für gute Sitten und für das Interesse der öffentlichen Ordnung zu stärken (Mot. II, 849.

Die Rückforderung ist jedoch ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten zur Last fällt (sogen. Ausschlußklausel). Dieser Rückforderungsausschluß gilt wiederum nicht für den Fall, daß die Leistung nur in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand, (sogen. Versprechensausnahme), wenn anders der vom Gesetzgeber mißbilligte verwerfliche Empfang gerade durch Rechtszwang geschützt sein würde. Ist eine solche Verbindlichkeit bereits erfüllt, dann kann entsprechend der Ausschlußklausel die verwerfliche Leistung nicht mehr zurückgefordert werden (sogen. Gegenausnahme). Die Motive sagen zu der Regelung des § 817 Satz 2, bestehend aus der Ausschlußklausel, der Versprechensausnahme und der Gegenausnahme, daß sie dem geltenden Recht entspreche sowie dem Gedanken, auf welchem die condictio ob turpem causam beruhe (Mot. II, 850). Danach liegt der Regelung des § 817 Satz 2 der Grundsatz des römischen Rechtes „in pari turpitudine melior est causa possidentis" zugrunde (vgl. 2. Kapitel). Dieser Grundsatz bedeutet, daß die verwerfliche Leistung jeweils bei demjenigen zu belassen ist, bei dem sie sich gerade — „schon" oder „noch" — befindet; sind der Hurenlohn, das sittenwidrige Schweigegeld oder die gesetzeswidrige Bestechungsgabe nur versprochen aber noch nicht entrichtet, so sollen sie bei dem zur Leistung Verpflichteten bleiben (Versprechensausnahme), sind sie bereits entrichtet, so sind sie bei dem Empfänger zu belassen (Ausschlußklausel und Gegenausnahme). Denn der verwerfliche Empfänger hat ebensowenig einen Anspruch auf die Entrichtung wie der verwerflich Leistende auf die Herausgabe der Leistung.

So einsichtig auf den ersten Blick die in § 817 BGB. getroffene Regelung der Herausgabe wegen verwerflichen Empfanges und des Ausschlusses dieses Herausgabeanspruche wegen beidereitiger Verwerflichkeit erscheinen mag, so erheben sich bei näherer Nachprüfung erhebliche Bedenken gegen ihre Billigkeit und legislatorische Zweckmäßigkeit. Deshalb sind bis in die neueste Zeit immer wieder maßgebliche Stimmen laut geworden, welche den § 817 als gesetzgeberisch verfehlt ansehen [2]).

---

1) § 817 lautet: „War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden."

2) RGR.Komm. 7. Aufl. § 817 Anm. 6, 8. Aufl. § 817 Erl. 2 zu Satz 2; Enneccerus-Lehmann, Schuldr. § 223 Nr. 2 b; H. Lehmann, Allg. Teil, § 25

Der Herausgabeanspruch gemäß § 817 Satz 1 erübrige sich, so sagt man, neben der allgemeinen Herausgabepflicht nach § 812 BGB. in Verbindung mit den Nichtigkeitsvorschriften der §§ 134, 138 BGB.; denn in den meisten Fällen, in denen der Zweck der Leistung in der Art bestimmt wäre, daß der Empfänger durch die Annahme gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen habe, sei das ganze Rechtsgeschäft gemäß § 134 wegen Verstoßes gegen das Gesetz oder gemäß § 138 wegen Sittenwidrigkeit nichtig und es bestünde mithin wegen der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes ohnehin schon ein Herausgabeanspruch gegen den Empfänger nach der allgemeinen Bereicherungsvorschrift des § 812 BGB. Im Folgenden gilt es nun zu untersuchen, ob wirklich der Tatbestand des § 817 Satz 1 immer von dem Tatbestand des § 812 in Verbindung mit den §§ 134, 138 mitumfaßt wird, weiterhin, ob nicht der Herausgabeanspruch des § 817 Satz 1, selbst wenn der Tatbestand des § 817 Satz 1 immer von dem Tatbestand des § 812 in Verbindung mit den §§ 134, 138 mitumfaßt sein sollte, auch n e b e n dem allgemeinen Herausgabeanspruch des § 812 berechtigt ist und schließlich, ob ein besonderer Herausgabeanspruch wegen verwerflichen Empfanges auch im kommenden Recht beizubehalten ist.

Noch schärfere Kritik als die Herausgabe wegen verwerflichen Empfanges gemäß § 817 Satz 1 erfährt die Regelung des Rückforderungsausschlusses in § 817 Satz 2[3]). Diese nur dem römischen Recht zuliebe in das BGB. aufgenommene Bestimmung sei eine unbillige Benachteiligung des Leistenden gegenüber dem Empfänger. Denn bei einem beiderseitigen Verstoß würde der Vorleistende auf eigene Gefahr handeln und müßte sich gefallen lassen, daß der Gegner unter Berufung auf die Nichtigkeit gemäß § 134 oder § 138 die Gegenleistung verweigerte. Der verwerfliche Empfänger dürfe also die Leistung nicht nur entgegen dem Grundgedanken des § 817 Satz 1 behalten, sondern er brauche dafür nicht einmal die Gegenleistung zu erbringen, wie es jeder andere n i c h t verwerfliche Empfänger tun müsse. Der verwerfliche Empfänger werde also für sein Verhalten geradezu noch belohnt.

Dies soll an einem Beispiel erläutert werden! A verkauft und veräußert an B ein Grundstück zur Fortführung eines in dem Grundstück betriebenen Bordells durch B. B entrichtet nicht den Kaufpreis, weil der Kaufvertrag als unsittliches Rechtsgeschäft gemäß § 138 nichtig sei und weil er überdies gemäß § 817 Satz 2 auch nicht zur Erfüllung einer unsittlichen Verbindlichkeit verpflichtet sei. A kann daraufhin nicht das Grundstück von B zurückfordern, da die Auflassung desselben als abstraktes dingliches Erfüllungsgeschäft von der Nichtigkeit des kausalen Grundgeschäftes nicht mitumfaßt wird[4]). A kann aber auch nicht die Rückauflassung des Grundstücks nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen. Denn dem Herausgabeansrpuch gemäß § 817 Satz 1 wegen verwerflichen Empfanges könnte B den Rückforderungsausschluß des § 817 Satz 2 wegen verwerflicher Leistung entgegenhalten. Aber auch die allgemeine Kondiktion des § 812 wegen Nichtigkeit des Kaufvertrages gemäß § 138 ist nicht möglich, da nach der

---

III, 27, III; Nipperdey, „Zur Neugestaltung des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung", Akad. f. d. R. 1937 S. 29; Dölle, „Das bürgerliche Recht im nationalsozialistischen Staat", Schmollers Jahrb. Bd. 57, 1933 Heft 5 S. 3, 30; Rumpf, „Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817 BGB., Arch. ziv. Prax. Bd. 117 S. 315 ff.; v. Tuhr, „Eigentumserwerb aus unsittlichem Vertrag: Arch. ziv. Prax. Bd. 120 S. 1 ff.; Heck, „Die Ausdehnung des § 817 Satz 2 auf alle Bereicherungsansprüche", Arch. ziv. Prax., Bd. 124 S. 1 ff.; Leske, „Zur Problematik des § 817 BGB." DJZ. 1936 Sp. 1158, 1159; „§ 817 eine fremde und entbehrliche Vorschrift im künftigen Recht?" DR. 8. Jahrg. S. 240 ff.

3) s. vorige Anmerkung; über die Problematik des § 817 Satz 2 verdienen die grundlegenden Ausführungen von Heck, a.a.O. besondere Beachtung, vergl. unten 3. Kapitel.

4) RG. 109, 202; RGR.Komm. § 817 Satz 1 Erl. 1, § 125, 1 c, Vorbem. 5 zu § 104; H. Lehmann, Allg. Teil § 25, III; vgl. auch die §§ 925, 929 BGB.

ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts[5]) sowie der im Schrifttum herrschenden Ansicht[6]) die Ausschlußklausel des § 817 Satz 2 auch auf den allgemeinen Herausgabeanspruch des § 812 auszudehnen ist. Das unbillige Ergebnsi ist also, daß B ohne Entrichtung einer Gegenleistung Eigentümer des Bordellgrundstücks bleibt und damit gegenüber jedem anderen nicht verwerflichen Erwerber von Grundstücken bevorzugt ist.

In der Praxis ist das Ergebnis allerdings meistenteils nicht derart unbillig wie in diesem Falle, weil nur in den seltensten Fällen der ganze Kaufpreis von dem Erwerber zurückbehalten wird. In der Regel wird lediglich ein Restbetrag nicht in bar bezahlt und dieser Restbetrag meist noch dinglich gesichert. Was nun die dingliche Sicherung anbelangt, so ist es von Bedeutung, ob sie in einer Hypothek oder einer Grundschuld besteht. Wäre beispielsweise dem A für die nicht in bar bezahlte Kaufpreisforderung von B eine Hypothek bestellt worden, so stände diese wegen der Nichtigkeit des Kaufvertrages entsprechend den §§ 1163, 1177 BGB. von vornherein dem B als Eigentümergrundschuld zu[7]). Wäre dem A jedoch eine Grundschuld bestellt, dann stände diese als forderungsunabhängiges Grundpfandrecht ihm trotz Nichtigkeit des Grundgeschäftes zu[8]), sodaß A wenigstens in diesem Falle durch die dingliche Klage die Gegenleistung erhielte. Aber auch in diesem Falle würde das unbefriedigende Ergebnis bleiben, daß A sein Grundstück verliert, ohne dafür einen persönlichen Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung oder auf die Rückgewährung des Grundstücks zu erhalten.

Die Ausdehnung der Ausschlußklausel auf den Herausgabeanspruch des § 812 in Verbindung mit § 138 erscheint im Endergebnis nur in den Fällen billig, in denen der Grundstücksveräußerer auf diese Weise den im Hinblick auf den Bordellbetrieb vereinbarten, den wahren Wert des Grundstücks übersteigenden „Überwert" verliert. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn A sein Grundstück, das mit einem Wert von 50 000 RM. eingeschätzt ist, im Hinblick auf den Bordellbetrieb für 70 000 RM. verkauft, davon aber nur 50 000 RM. in bar erhalten hat. Allerdings würde auch in diesem Fall der verwerfliche B bevorzugt sein, da das Grundstück mit Rücksicht auf den Bordellbetrieb mehr als 50 000 RM. wert ist.

Die Ausschlußklausel des § 817 Satz 2 wird nach der Rechtsprechung des RG. nicht bloß auf die Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung gemäß § 812 ausgedehnt, in welchem entsprechend dem Tatbestand des § 817 Satz 2 b e i d e Teile verwerflich handelten, sondern auch auf die Fälle der a l l e i n i g e n Verwerflichkeit des Kondizierenden, wie etwa im Falle des seine Darlehnsvaluta gemäß den §§ 812, 138 Abs. 2 kondizierenden Wucherers[9]). Man begründet die Ausdehnung der Ausschlußklausel auf die Kondiktionen des § 812, in welchem lediglich der Kondizierende verwerflich

---

5) Seit dem die Ausdehnung begründenden Urteil vom 29. 5. 1906 (RG. 63, 353) ist die Praxis feststehend: vgl. RG. 67, 321; 68, 97; 70, 1; 71, 43; 72, 46; 73, 143; 78, 41 und 282; 85, 293; 95, 126; 96, 347; 98, 82; 99, 161; 100, 159; und 250; 101, 44 und 307; 104, 50; 105, 29 und 65; und 270; Warneyer Rspr. 1, N. 44, 321; 2 N. 183; 3 N. 286; 4 N. 115; 5 N. 98; 9 N. 15; 10 N. 16, 206; 13 N. 32, 103; 14 N. 58, 59, 93. LZ. 10 S. 689/1370; 11 S. 791 VII; 13 S. 470 II, 858, 1073; 15 S. 445, 567; 16 S. 461, 648; 17 S. 283, 565. JW. 1908 S. 314 VII; 1912 S. 862, X, 1921 S. 1307, I, 1923, 2 S. 371, VIII.

6) Neubecker, DJZ. 1902 S. 568 ff.; Rumpf, a.a.O.; v. Tuhr, Allg. T. III S. 47 Anm. 159; Oertmann, 817 A. 5; RGR.-Komm. § 817 Satz 2 A. 1; Staudinger § 817 A. 2 d; Warneyer Komm. § 817 A. 39; Planck § 817 A. 4.

7) RG. 75, 74; 78, 45 und 285; H. Lehmann, a.a.O. § 25, III; vgl. vor allem Rumpf a.a.O. und dazu v. Tuhr a.a.O.

8) RG. 73, 143; Lehmann, a.a.O., Rumpf, a.a.O. und v. Tuhr, a.a.O.

9) Neuerdings versagt das RG. dem Wucherer nicht mehr die Kondiktion der Valuta, da beim Wucherer das Sittenwidrige allein im Versprechenlassen übermäßiger Vorteile und nicht im Leisten des Versprochenen liege; RGR.Komm. § 817 Beispiele zu Satz 2, § 138 Anm. 2; Planck § 817 Anm. 4; Staudinger 2 d delta.

geleistet hat, mit dem argumentum a maiore ad minus, daß dem nicht verwerflichen Empfänger doch schwerlich die Einrede versagt werden könnte, welche gemäß § 817 Satz 2 sogar dem verwerflichen Empfänger zustehe [10]). Denn was dem verwerflichen Empfänger recht sei, das müsse dem nicht verwerflichen Empfänger erst recht billig sein.

Die Ausdehnung der Ausschlußklausel des § 817 Satz 2 auf Herausgabeansprüche außerhalb des Bereicherungsrechtes, auf Vindikations-, Wandlungs- oder Schadensersatzansprüche, werden indes von der herrschenden Meinung abgelehnt, da das BGB. den Grundsatz „nemo in iudicio auditur turpitudinem suam allegans" in dieser Allgemeinheit nicht kenne [11]). Es fragt sich nur, ob das BGB. ihn überhaupt kennt. Wenn es ihn kennt, dann ist nicht einzusehen, warum dieser Grundsatz ausgerechnet nur im Kondiktionenrecht Geltung haben sollte und nicht auch in allen anderen Fällen, in denen ein verwerflich Leistender die Leistung zurückfordert.

Wie sich aus dem Vorhergehenden ergibt, hängt die Frage, ob die Vorschrift des § 817 Satz 2 berechtigt und zweckmäßig ist, in der Hauptsache von der Frage ab, inwieweit die Ausdehnung dieser Vorschrift auf andere Tatbestände als die des § 817 Satz 1 zulässig ist. Erst nach Beantwortung dieser Frage kann untersucht werden, ob die Regelung des § 817 Satz 2 zweckmäßig und billig ist und auch im kommenden Recht beibehalten zu werden verdient.

ZWEITES KAPITEL.

Die Berechtigung des Herausgabeanspruches wegen verwerflichen Empfanges.

Zur Beantwortung der Frage, ob der Herausgabeanspruch wegen verwerflichen Empfanges gemäß § 817 Satz 1 neben dem allgemeinen Bereicherungsanspruch des § 812 in Verbindung mit den Nichtigkeitsvorschriften der §§ 134, 138 berechtigt und zweckmäßig ist, gilt es zunächst, den Ursprung und das Wesen dieses Anspruches zu bestimmen. Erst dann wird sich feststellen lassen, ob die Voraussetzungen dieses Bereicherungsanspruches auch im heutigen Recht noch vorliegen und einen besonderen Anspruch wegen verwerflichen Empfanges auch in Zukunft gerechtfertigt sein lassen.

Der Herausgabeanspruch des § 817 Satz 1 entspricht der condictio ob turpem causam des gemeinen Rechts und ist wie diese römischen Ursprungs. Bestritten ist, ob der Anspruch des § 817 Satz 1 auch die gemeinrechtliche condictio ob iniustam causam mitumfaßt. Diese Frage ist nun insofern müßig, als bis in die Gegenwart noch nicht Klarheit über den Unterschied dieser beiden Kondiktionen geschaffen ist und die Namen der verschiedenen condictiones des römischen Rechts ja nicht auf einer durchgeführten Einteilung beruhen, sondern lediglich theoretische Hilfsmittel sind, einige Rückforderungsfälle kurz zu bezeichnen [12]). Vielfach nahm man an, die condictio ob iniustam causam setze voraus, daß das Motiv der Leistung vom Gegner in rechtswidriger Weise hervorgebracht sei (durch Zwang, Betrug und ähnliches), dagegen die condictio ob turpem causam, daß die Leistung zu einem

10) Planck, § 817 Satz 2 Anm. 4.

11) Planck § 817 Satz 2 Anm. 4; Oertmann, 6c zu § 817; Staudinger § 817 A 2d; RGR.Komm. § 817 S. 2 Anm. 2; Enneccerus-Lehmann, a.a.O. N. 3; Recht 1922 N. 5; RG. 70, 50; 85, 295; 101, 308; 105, 67; u. a. Für die Ausdehnung der Ausschlußklausel auch auf Vindikationsansprüche jedoch v. Tuhr, Zeitschr. f. Schweizer. Recht NF. 40 S. 59 und Schweiz. Obl. Recht, S. 400 Anm. 37; Heck, a.a.O. S. 27

12) So v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 5. Bd. Die condictiones XXXI; vgl. auch die wenig reinliche Scheidung der beiden Kondiktionen bei Windscheid-Kipp, Pandektenrecht II Bd. 422 V, 423 I V, 428, XI.

erst in der Zukunft liegenden unsittlichen Zweck erfolgt sei [13]). Die Motive (Mot. II, 851) und mit diesen auch Staudinger und Planck [14]) verneinen das Vorhandensein einer besonderen besonderen condictio ob iniustam causam im BGB., weil für die Fälle, für die diese condictio bestimmt sei, nach dem BGB. Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung oder die allgemeine Bereicherungsklage genüge — welch letzteres gerade den Gegenstand unserer Untersuchung bildet. Da jedoch auch von denen, die das Vorhandensein einer besonderen condictio ob iniustam causam im BGB. verneinen, der Wesensunterschied zwischen den beiden Kondiktionen nicht dargetan wird, so wird man mit Dernburg, Enneccerus-Lehmann, Oertmann und dem Reichsgerichtsräte-Kommentar [15]) annehmen dürfen, daß der Herausgabeanspruch des § 817 Satz 1 die beiden condictiones vereinige und damit die Streitfrage über die Voraussetzungen und die Natur namentlich der condictio ob iniustam causam beseitige.

Wenn auch der Herausgabeanspruch wegen verwerflichen Empfanges auf das römische Recht zurückgeht, so ist damit noch nicht erwiesen, daß diesem Anspruch im BGB. deshalb die gleiche Bedeutung zukommt wie der entsprechenden condictio ob turpem vel iniustam causam im römischen Recht. Im folgenden soll deshalb kurz dargestellt werden, welche Wandlungen die verschiedenen condictiones des römischen Rechtes, insbesondere die condictio ob turpem vel iniustam causam im Laufe der Zeit erfahren haben.

Im römischen Recht [16]) erzeugte bekanntlich Erwerb aus fremdem Vermögen ohne rechtfertigenden Grund immer eine condictio, eine persönliche Klage auf Rückerstattung. Der Mangel des rechtfertigenden Grundes konnte dabei sehr verschieden sein. So unterschied man bei außerkontraktlichen Vermögensverschiebungen die Kondiktionen wegen subjektiv widerrechtlichen Erwerbs von solchen wegen objektiv ungerechtfertigter Vermögensveränderung [17]). Der Erwerb war subjektiv widerrechtlich im Falle des Diebstahls (condictio furtiva), bei einem vom Recht nicht anerkannten Geschäftszweck (condictio ob iniustam causam) und bei einem schimpflich erscheinenden Verhalten des Empfängers (condictio ob turpem causam) [18]). Der Vermögensübergang war objektiv ungerechtfertigt, wenn die Zuwendung erfolgte entweder in der irrtümlichen Annahme einer bestehenden Verbindlichkeit (condictio indebiti) oder bei Ausbleiben eines vorausgesetzten zukünftigen Umstandes (condictio causa data causa non

13) Oertmann, § 817 Anm. 1.

14) Staudinger, § 817 Anm. 1; Planck § 817, Anm. 10.

15) Dernburg, Pandekten Bd. II § 140 Ziff. 1; Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 223; Oertmann, a.a.O.; RGR.Komm. § 817 Satz 1.

16) Vgl. die klare Darstellung des römischen Kondiktionenrechtes bei Eduard Hölder, „Institutionen des römischen Rechts", 2. Aufl. § 76 I.

17) Staudinger, Vorbem. Nr. 2 zu § 812. Über das Verhältnis des Begriffs „Rechtsgrund" zu dem Begriff „Vermögensverschiebung" s. die grundlegenden Ausführungen von Krawielicki in „Grundlagen des Bereicherungsanspruches", die ebenso für das heutige wie für das römische Kondiktionenrecht gültig sind: „Rechtsgrund ist ein Tatbestand, der zum Behalten einer Vermögensverschiebung berechtigt. Man könnte in diesem Sinne — Rechtsgrund als kondiktionsausschließender Tatbestand — auch von Erwerbstitel, genauer von Behaltungstitel, sprechen . . . Vermögensverschiebung ist der Übergang eines Gutes von einer Person (Vermögen) auf eine andere Person (Vermögen), als eine Veränderung des Herrschaftszustandes über ein Gut. Das kann geschehen: als gewollte Veränderung, dan ist es eine Leistung. Oder als nichtgewollte Veränderung, dann ist es eine Bereicherung „in sonstiger Weise" . . . Vermögensverschiebung und Rechtsgrund haben also verschiedene Aufgaben innerhalb des Systems der Güterbewegung. Vermögensverschiebung ist Herrschaft gegenüber allen. Rechtsgrund ist behaltendürfen gegenüber dem Vorgänger." Studien zur Erläuterung des Bürg. Rechts, 56. Heft S. 3 ff.

18) Vgl. Tit. Dig. de condictione ob turpem vel iniustam causam 12, 5, Codex de condictione ob turpem causam 4, 7.

secuta bezw. c. ob causam datorum), und in den Fällen, in denen die Vermögensverschiebung überhaupt ohne Rechtsgrund — wie beispielsweise bei Vermischung oder Verarbeitung von Sachen —, erfolgte (condictio sine causa) [19]). Im großen und ganzen entsprachen auch die Kondiktionsvorschriften des Gemeinen Rechtes dem römischen Kondiktionenrecht.

Das Preußische Allgemeine Landrecht vereinigte hingegen die verschiedenen Kondiktionstatbestände des römischen und des gemeinen Rechts zu einer allgemeinen Versionsklage (ALR. I XIII §§ 262—264), wonach derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines anderen verwendet worden, es in Natur oder eventuell für den Wert Vergütung zu beanspruchen berechtigt ist. Sonstige materielle Bereicherungsvorschriften enthielten noch ALR. I XIII §§ 230, 232, wonach sich niemand mit dem Schaden eines anderen bereichern darf bei Vermeidung einer Klage aus nützlicher Verwendung. Weiterhin enthielten ALR. I XVI §§ 205 ff. Bestimmungen, welche die hier erörterte condictio ob turpem vel iniustam causam zum Gegenstand hatten und zwar bestimmten die §§ 205, 206, 210 eine Konfiskationsmöglichkeit des Staates hinsichtlich solcher Leistungen, die zu einem unerlaubten oder unehrbaren Zwecke erbracht wurden, oder einer im öffentlichen Bedienung stehenden Person freiwillig als gesetzeswidrige Belohnung gegeben wurden, (condictio ob turpem causam); die §§ 207, 208, 212 bestimmten ein Rückforderungsrecht des Gebers, dem eine Leistung widerrechtlich abgenötigt worden ist (condictio ob turpem causam). Im Allgemeinen Landrecht ist, wie man sieht, vom römischen Kondiktionenrecht wenig übrig geblieben. Die klaren Einzeltatbestände des römischen Rechts sind in neutral gehaltenen Generaltatbeständen [20]) (ALR. I XIII §§ 230, 232, 262—264) zusammengefaßt; und bei den condictiones wegen verwerflichen Empfangs (ALR. I XVI §§ 205 ff.) gehen überdies privatrechtliche Rückerstattungsansprüche und öffentlichrechtliche Einziehungsansprüche munter durcheinander.

Der erste Entwurf zum BGB. (E 1) schafft dagegen ein mit dem römischen Kondiktionenrecht weitgehend übereinstimmendes, eigenes Rechtsinstitut der ungerechtfertigten Bereicherung. Der Entwurf geht von der Anschauung aus [21]), „daß die Kondiktionen persönliche Ansprüche auf Rückgängigmachung desjenigen an sich nach den maßgeblichen Vorschriften eingetretenen Rechts- und Vermögenserwerbes sind, welcher eines Rechtsgrundes entbehrt. Der Mangel des rechtfertigenden Grundes ist auf verschiedene rechtlich relevante Umstände zurückzuführen, welche die Wirksamkeit der eingetretenen Rechts- und Vermögensänderung derart affizieren, daß deren Wiederaufhebung verlangt wird"; oder, wie das RG. (67, 243) es ausdrückt, werden durch die Bereicherungsklage „die Rechtswirkungen des an sich gültigen Vertrages den höheren Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit untergeordnet und eingeschränkt". Die Bereicherungsklage gewährt danach immer nur die Wiederherstellung eines ursprünglichen Rechtszustandes.

Im einzelnen stellte der erste Entwurf nach Art und Weise des römischen Kondiktionenrechtes eine Reihe selbständiger Kondiktionen auf [22]) (§§ 737—748), unter denen sich auch die Rückforderung wegen verwerflichen Empfanges (§ 747) befand und schloß diesen besonderen Kondiktionen die allgemeine

19) Die condictio sine causa stand subsidiär hinter allen anderen condictiones.

20) Der Code Civil vereinigt ebenfalls die verschiedenen Kondiktionen in den Generaltatbeständen der Art. 1376 ff. unter der Kategorie der Quasikontrakte. Das englische Recht kennt nicht einmal einen allgemeinen Bereicherungstatbestand. Vgl. Jenks, Digest of English Civil Law § 91. Das BLR. stellte den Grundsatz auf, daß keiner mit des anderen Schaden bereichert werden soll (Tl. VI Kap. XII § 1 Ziff. 2) und regelt die einzelnen Kondiktionsfälle im wesentlichen entsprechend den Vorschriften des gemeinen Rechts. Über die anderen Rechte s. Mot. II, 829 N. 2.

21) Mot. II, 829; Mugdan „Die gesamten Materialien zum BGB. pp." 2. Bd. (Berlin 1899) S. 463.

22) Oertmann, Vorbem. 2 c zu § 812 BGB.

aber subsidiäre condictio sine causa an. In der zweiten Kommission des E 2 wurde die Generalklausel an die Spitze gestellt (§ a); die Einzelfälle, darunter der verwerfliche Empfang wurden in § b angereiht. Diese Regelung wurde in der Folgezeit grundsätzlich beibehalten und fand schließlich auch Eingang in unser heutiges BGB.

Die in § 812 enthaltene allgemeine condictio des BGB. lautet: „Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg nicht eintritt." Der Generaltatbestand des § 812 umfaßt in Satz 2 mithin auch die besonderen Tatbestände der condictio indebiti und ob causam datorum, für welche allerdings einige Sondervorschriften in den §§ 813—815 gelten. Selbständige Kondiktionstatbestände enthalten hingegen die §§ 816, 817. Der Herausgabeanspruch des § 816, der ohne römisches Vorbild ist, dient dem Ausgleich des durch Erwerb in gutem Glauben eingetretenen Rechtsverlustes und der des § 817 der Rückgängigmachung eines wegen verwerflichen Empfanges vom Gesetzgeber nicht anerkannten Vermögensüberganges, entsprechend der römischen condictio ob turpem vel iniustam causam. Streng genommen sind an sich auch die besonderen Kondiktionen der §§ 816, 817 schon in dem allgemeinen Herausgabeanspruch des § 812 mitenthalten[23]); denn wer auf Grund einer unberechtigten, aber doch in Rücksicht auf den redlichen Erwerber gültigen Verfügung oder aus einem verbotenen oder unsittlichen Grunde einen Erwerb macht, der erwirbt eben auch „ohne rechtlichen Grund" im Sinne des § 812. Da aber die Tatbestände der §§ 816, 817 selbständige Klagegründe darstellen, so kann man sie trotz der Gleichartigkeit aller Bereicherungsansprüche als s e l b s t ä n d i g e Kondiktionen ansprechen. Insoweit dürften also die Voraussetzungen einer besonderen condictio ob turpem vel iniustam causam auch im heutigen Recht noch gegeben sein.

Dennoch sind die Voraussetzungen der Herausgabe wegen verwerflichen Empfanges gemäß § 817 andere als die der entsprechenden condictio ob turpem vel iniustam causam des römischen Rechtes; denn der Herausgabeanspruch des § 817 ist praktisch weniger wichtig als die condictio ob turpem vel iniustam causam in Rom, weil heute bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten immer die allgemeinen N i c h t i g k e i t s bestimmungen der §§ 134, 138 eingreifen, auf Grund deren die allgemeine condictio nach § 812 gegeben ist[24]). Zwar kannte auch das römische Recht schon die Nichtigkeit eines Geschäftes wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot sowie die Regel, daß omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, n u l l i u s m o m e n t i sunt (c. 4 Cod. 8, 38), aber diese Nichtigkeitsbestimmungen waren nicht von einer derart durchgreifenden Allgemeinwirkung wie die Bestimmungen der §§ 134, 138. So unterlagen in Rom die formellen Geschäfte überhaupt nicht und die anderen vielfach nicht einer allgemeinen Nichtigkeit wegen Sittenverstoßes[25]). Da die Folgen der Verstöße gegen ein gesetzliches Verbot mannigfach sein konnten, unterschied die Doktrin die vier Gruppen der leges perfectae, plus quam perfectae, minus quam perfectae und imperfectae[26]). Allerdings waren die leges perfectae, die bei Verletzung die Nichtigekit vorsahen, die Regel; darüber hinaus gab es noch in besonderen Fällen Gesetze, deren Verletzung sowohl Nichtigkeit als auch Strafe zur Folge hatten (leges plus quam perfectae).

23) Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 217 II, 2 und RG. Recht 1910 S. 57.
24) Heck, Schuldrecht, § 142 Nr. 11.
25) Heck, a.a.O.; Oertmann § 138 A.
26) Oertmann, § 134 Anm. 1; Endemann, „Über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze", 1887.

Das gemeine Recht kannte ebenfalls keine den §§ 134, 138 BGB. entsprechenden Generalnichtigkeitsnormen[27]). Auch die Fassung des ersten Entwurfes des BGB. war noch nicht so weitgehend wie die heutigen Bestimmungen. Nach E. 1 § 105 waren Rechtsgeschäfte nur dann nichtig, wenn ihre Vornahme durch Gesetz verboten war und nicht auch ihr Inhalt[28]). Auch der heutige § 138 hatte in E. 1 noch eine beschränktere Wirkung. Er verlangte nämlich nur Unsittlichkeit des Inhalts und nicht der Vornahme des Rechtsgeschäfts[29]). Die §§ 134, 138 BGB. bestimmen hingegen schlechthin die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, welche gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, mag nun die Vornahme oder der Inhalt des Rechtsgeschäfts verbots- oder sittenwidrig sein. Die Fragestellung lautet nun, wenn bei Verstoß gegen das Gesetz oder die guten Sitten das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, die Herausgabepflicht des gegen das Gesetz oder die gegen Sitten verstoßenden Empfängers der Leistung bereits nach § 812 gegeben ist und die Vorschrift des § 817 überflüssig ist.

Es ist zuzugeben, daß der Tatbestand des § 817 Satz 1 materiell weitgehend in dem des § 812 in Verbindung mit den §§ 134, 138 aufgeht. Dennoch hat die Klage des § 817 Satz eine selbständige Bedeutung gegenüber der aus § 812. Denn es gibt genug Fälle, in denen zwar die Annahme einer Leistung verwerflich ist, ohne daß auch das der Annahme zugrundeliegende Rechtsgeschäft gemäß den §§ 134, 138 nichtig ist, und in denen mithin ein Bereicherungsanspruch aus § 812 nicht gegeben ist.

Vor allem ist vielen Verbotsgesetzen gemeinsam, daß sie nur die Tätigkeit des einen Vertragsteiles, der beim Abschluß mitgewirkt hat, verbieten, während die zivilrechtliche Gültigkeit des Rechtsgeschäfts an sich bestehen bleibt[30]). Dementsprechend heben auch die Motive zum BGB. (M. I, 210) als die Regel hervor, daß in den Fällen, in welchen bei einem Vertrage das Verbot nur den einen Teil trifft, der Vertrag als solcher nicht ungültig sein soll. Dies gilt insbesondere für zahlreiche Gesetze und Verordnungen des wirtschaftlichen Lebens, für Gesetze über Höchstpreise, für Marktverordnungen, für Verordnungen über den Ladenschluß, für kriegswirtschaftliche Verordnungen u. a. Andere Fälle der verwerflichen Annahme einer Leistung trotz Gültigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäftes sind die Annahme von Geld seitens eines Beamten für die Vornahme einer nicht verbotswidrigen Amtshandlung (vgl. StGB. § 331) und die Bevorzugung einzelner Gläubiger entgegen der Vorschrift des § 181 S. 3 KO.

Entsprechendes gilt auch hinsichtlich der sittenwidrigen Annahme von Leistungen. Auch hierbei gibt es Fälle, in denen trotz unsittlichen Empfangs das zugrundeliegende Rechtsgeschäft nicht nach § 138 Abs. 1 nichtig ist und in denen somit eine Klage aus § 812 entfällt[31]). Derartige Fälle sind unter Umständen die Annahme von Schweigegeldern für die Unterlassung einer Strafanzeige, die Annahme von Geldern zur Nichtbegehung eines Verbrechens, der Abkauf von Erziehungsrechten.

Man sieht also, daß die Herausgabe wegen verwerflichen Empfanges gemäß § 817 Satz 1 keineswegs gleichzeitig immer auch durch die Rückforderung gemäß § 812 zu erreichen wäre. Aber auch wenn tatsächlich die Rückforderung sowohl nach § 817 als auch nach § 812 möglich ist, entbehrt der Herausgabeanspruch des § 817 nicht jeder Bedeutung neben den allgemeinen Kondiktionstatbestand des § 812. Denn die Klage aus § 817 Satz 2 ist gegenüber der aus § 812 in zweierlei Hinsicht privilegiert, einmal wegen Fortfalls des Rückforderungsausschlusses gemäß § 814 BGB., zum andern wegen der strengeren Haftung des verwerflichen Empfängers nach § 819

27) Oertmann, a.a.O.

28) Vgl. Prot. I, 123 ff.

29) s. Anm. 2.

30) RGR.Komm. § 817 Satz 1 Anm. 1; RG. 60, 276; 78, 353; 88, 251; 89, 198; 96, 345; RG. in Recht 1922 Nr. 1400.

31) RGR.Komm. a.a.O., und Besipiele zu § 817 Satz 1 A. 1, 3; RG. Warn. 2, 59; 6, 220.

Abs. 2 BGB. Dem Kläger aus § 812 kann nämlich immer entgegengehalten werden, daß er von der Nichtigkeit des gegen die guten Sitten oder das Gesetz verstoßenden Rechtsgeschäftes Kenntnis gehabt habe und daher das Geleistete gemäß § 814 nicht zurückfordern dürfe, da er ja gewußt habe, daß er bei Nichtigkeit nicht zur Leistung verpflichtet war. Diese Einrede aus § 814 kann hingegen dem Kläger aus § 817 nicht entgegengehalten werden, da der Bereicherungsanspruch wegen verwerflichen Empfanges in seinem positiven und negativen Voraussetzungen vollständig durch § 817 bestimmt wird [32]). Die Einrede aus § 814 wäre auch unbillig für die Fälle, in welchen der Leistende wohl die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes kannte, aber infolge einer Notlage die Leistung dennoch erbringen mußte (Wucher- und Knebelungsverträge). Ein weiterer Vorteil der Klage aus § 817 gegenüber der aus § 812 ist die strengere Haftung des Empfängers nach § 819 Abs. 2. Denn danach haftet der verwerfliche Empfänger vom Empfang der Leistung an genau so streng wie ein bösgläubiger Empfänger, der den Mangel des rechtlichen Grundes beim Empfang der Leistung kennt oder später erfährt. In den meisten Fällen dürfte es wohl dem Kläger leichter fallen zu beweisen, der Zweck der Leistung sei derart gewesen, daß der Empfänger durch ihre Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, als zu beweisen, daß der Empfänger gewußt habe, zum Empfang der Leistung nicht berechtigt zu sein (§ 819 Abs. 1).

Aus dem Umstand, daß die Bereicherungsklage wegen verwerflichen Empfanges in einer Reihe von Fällen gegeben ist, in denen nicht die allgemeine Bereicherungsklage aus § 812 in Verbindung mit den §§ 134, 138 gegeben ist, sowie aus der zweifachen Privilegierung der Klage aus § 817 Satz 1 gegenüber der aus § 812, geht zur Genüge hervor, daß auch im gegenwärtigen Recht eine selbständige condictio wegen verwerflichen Empfanges nicht überflüssig ist, mag sie auch nicht mehr die praktische Bedeutung wie die entsprechende condictio des römischen Rechtes haben.

Die Frage, ob und in welcher Weise eine selbständige Bereicherungsklage wegen verwerflichen Inhaltes auch im zukünftigen Recht beibehalten werden soll, ist nur im Zusammenhang mit der Neugestaltung des ganzen Bürgerlichen Gesetzbuches zu beantworten. Vor allem wird für die etwaige Beibehaltung einer besonderen Herausgabe wegen verwerflichen Empfanges von Bedeutung sein, inwieweit an der derzeitigen scharfen Trennung zwischen kausalem Grundgeschäft und abstraktem Erfüllungsgeschäft in Zukunft festgehalten werden wird. Im derzeitigen Recht ergreift bekanntlich die Nichtigkeit des kausalen Grundgeschäftes auch bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten nicht das dingliche Erfüllungsgeschäft [33]); nur beim Wuchergeschäft ist auch das dingliche Erfüllungsgeschäft nichtig, § 138 Abs. 2 BGB. [34]). Bei sonstigen gesetzes- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäften ist nach der herrschenden Rechtsprechung [35]) ausnahmsweise auch das Erfüllungsgeschäft nichtig, wenn das dingliche Erfüllungsgeschäft von den Parteien nur in untrennbarem Zusammenhang mit der unsittlichen causa gewollt ist, (§ 139 BGB.); bei der Auflassung ist eine derartige Verbindung überhaupt nicht möglich (§ 925 Abs. 2 BGB.). Es wäre nun de lege ferenda eine dahingehende Regelung denkbar, daß grundsätzlich die Nichtigkeit des Grundgeschäftes wegen Verstoßes gegen das Gesetz oder die guten Sitten auch die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes nach sich ziehen soll. Denn von vielen wird gerade im Hinblick auf die Nichtigkeitsvorschriften der §§ 134, 138 die derzeitige starre Trennung von kausalem Grundgeschäft und abstraktem Erfüllungsgeschäft als dem natürlichen Rechtsgefühl

---

32) So Enneccerus-Lehmann, § 223, 3 u. a.
33) RGR.Komm. § 817 Satz 1 Anm. 1; § 125, 1 c; Lehmann, Allgem. Teil § 25, III.
34) RG. 57, 95; 63, 184; 72, 61; 75, 76; 93, 75.
35) RG. 57, 96; Warneyer 1913 Nr. 129.

widersprechend abgelehnt [36]). Wenn nun tatsächlich in Zukunft die Nichtigkeit des Grundgeschäftes regelmäßig auch die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes zur Folge haben soll, dann könnte die verwerfliche Leistung immer mit der Eigentumsklage zurückgefordert werden. Es wäre dann gesetzestechnisch vielleicht praktisch, für die Fälle, in denen heute die condictio wegen verwerflichen Empfanges vorgesehen ist, eine entsprechende rei vindicatio eintreten zu lassen.

Da die Herausgabe wegen verwerflichen Empfanges materiell lediglich eine Ergänzung zu den §§ 134, 138 darstellt [37]), so wäre auch eine zukünftige Fassung der Nichtigkeitsvorschriften zu erwägen, wonach es gar keiner besonderen condictio bezw. rei vindicatio wegen verwerflichen Empfanges bedürfte. Dies würde etwa dann der Fall sein, wenn in den allgemeinen Nichtigkeitsvorschriften ausdrücklich bestimmt werden würde, daß auch in den Fällen eines einseitigen Verstoßes des Empfängers gegen das Gesetz oder die guten Sitten das Rechtsgeschäft nichtig sein soll. Andererseits erscheint es psychologisch richtig, wenn ein Grundgedanke des Gesetzes — das ist hier die gesetzliche Mißbilligung von Rechtsgeschäften und Vermögensverschiebungen, die gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen — lieber an mehreren Stellen des Gesetzes zum Ausdruck kommt als nur einmal und womöglich dort, wo er am wenigsten beachtet wird [38]).

Dagegen wräe es abwegig, eine besondere Herausgabebestimmung wegen verwerflichen Empfanges aus dem Gesichtspunkt der Strafe beizubehalten. Die gegenwärtige Rechtsprechung sieht in § 817 zwar eine Strafvorschrift; aber der Strafgedanke wird mit Recht von einem Großteil der Rechtslehre abgelehnt, da das BGB. überhaupt keine Strafvorschriften im eigentlichen Sinne kenne [39]).

Weder der von den absoluten noch der von den relativen Straftheorien aufgestellte Begriff der Strafe paßt auf einen der Fälle, in welchen das BGB. einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten mit einem Rechtsnachteil für den Verstoßenden versieht. Denn wenn das Gesetz in den §§ 134, 138 bestimmt, daß gesetzes- oder sittenwidrige Rechtsgeschäfte nichtig sind, oder in § 2171, daß ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßendes Vermächtnis unwirksam ist, so will es mit diesen Vorschriften zwar Verstöße gegen das Gesetz oder die guten Sitten verhindern, also eine abschreckende, bessernde und auch sichernde Wirkung im Sinne der relativen Strafrechtstheorien erzielen; es will jedoch nicht im eigentlichen Sinne strafen. Denn das Subjekt dieser Bestimmungen sind nicht Menschen, denen ob ihres verwerflichen Verhaltens ein Rechtsnachteil zugefügt werden soll, sondern Rechtsgeschäfte, die als gesetzes- oder sittenwidrig vom Gesetz nicht sanktioniert werden [40]). Deshalb genügt auch der objektive Verstoß [41]) gegen ein

---

36) Lehmann, Allg. T. § 25 III; RGR.Komm. 125, 1 c; Heck, „Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft" § 10; Rumpf, a.a.O. 2. Kapitel, 4; dagegen v. Tuhr, a.a.O. Nach Dölle (a.a.O.) ist die Trennung zwischen abstrakten und kausalen Rechtsgeschäften grundsätzlich auch in Zukunft beizubehalten; Nipperdey (a.a.O.) ist schon jetzt für Aufhebung des § 817 Satz 1, da die Vorschrift bei dem Fortfall des Unterschiedes zwischen kausalen und abstrakten Rechtsgeschäften im künftigen Recht sowieso wegfallen könne.

37) Vgl. Mot. I, 210; II, 849; Prot. I § 123; Heck, Schuldrecht, § 142 Nr. 14.

38) Leske, Deutsches Recht, 8. Jahrg. 15. 6. 38 S. 243 VIII.

39) Für den Strafgedanken vor allem das RG. s. RGR.Komm. § 817 Satz 1 Anm. 3; Leske, a.a.O., Lange „Vom alten zum neuen Schuldrecht" S. 65. Dagegen: RGR.Komm., Lobe in „Das Recht" 1934, Sp. 8 ff. und vor allem Heck, Arch. ziv. Prax. Bd. 124.

40) Mot. I, 210, 211; V S. 154, 155. — In den Motiven ist dort nur von Rechtsgeschäften und nicht auch von Strafmaßnahmen die Rede.

41) So ursprünglich auch das RG., E. 7248; 97, 255; Gruch. Bd. 64 S. 216; das RG. hat indessen mittlerweile seine Ansicht geändert. RG. 104 S. 54; 105, 272; 132, 41; JW. 1923, 371 VII; Seuff. Arch. 77 Nr. 134 ff.; zustimmend

Verbot oder gegen die guten Sitten, um die Wirkung der Nichtigkeit auszulösen. Der Begriff des subjektiven Verschuldens ist bei der Frage der Gültigkeit oder Ungültigkeit von Rechtsgeschäften abwegig, während er bei der Bestrafung von Menschen nicht wegzudenken ist. Denn so wie beispielsweise formbedürftige aber formlos abgeschlossene Rechtsgeschäfte schlechthin nichtig sind (§ 125), unabhängig davon, ob sich die Beteiligten des Formmangels bewußt sind oder nicht, sind auch unsittliche oder gesetzeswidrige Rechtsgeschäfte schlechthin nichtig, gleichgültig, ob die Beteiligten die Nichtigkeit auf Grund des Verstoßes gegen das Gesetz oder die guten Sitten gekannt haben oder nicht. Das Gesetz will eben durch die allgemeinen Nichtigkeitsvorschriften verhindern, daß formbedürftige aber der Form entbehrende Rechtsgeschäfte gültig sind, und es will nicht Rechtsgeschäfte, die einen Verstoß gegen das Gesetz oder die guten Sitten darstellen, als gültig anerkennen.

Der Begriff der Strafe ist auch nicht in den Fällen angängig, in denen das BGB. einem gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten Verstoßenden gewisse Rechtspflichten auferlegt. Es wäre vollständig verfehlt, in den die Rechtspflicht begründenden Bestimmungen Strafbestimmungen sehen zu wollen. Wenn § 309 BGB. beispielsweise bestimmt, daß auf einen gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Vertrag die Vorschriften der §§ 307, 308 — Ersatz des negativen Vertragsinteresses — entsprechende Anwendung finden oder wenn § 826 bestimmt, daß derjenige zum Schadensersatz verpflichtet ist, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, so enthalten diese Vorschriften nicht die Pflicht zur Entrichtung einer „Buße" gegenüber dem Verletzten, wie es dem Vergeltungsgedanken entsprechen würde, sondern lediglich die Pflicht zur Schadloshaltung. Denn die Leistung von Schadensersatz soll grundsätzlich nur geschlagene Wunden heilen. Die Strafe hingegen will neue Wunden schlagen [42]).

Auch die Vorschrift des § 817 Satz 1 ist nicht mit dem Begriff der Strafe vereinbar. Das ergibt sich eindeutig aus den Motiven (M. II, 849), die sagen: „Das Gesetz bezweckt durch die Zulassung der Rückforderung nicht für die Zukunft ein verwerfliches Verhalten zu verhindern — punitur ne peccetur! —, vielmehr soll die in der Annahme der Leistung sich kundgebende verwerfliche Gesinnung des Empfängers getroffen werden, um im Volksleben den Sinn für gute Sitten und für das Interesse der öffentlichen Ordnung zu stärken". Die Vorschrift des § 817 Satz 1 dient zwar entsprechend der Generalprävention der Bekämpfung von Verstößen gegen die öffentliche Ordnung oder die allgemeine Sittenordnung, aber die Bekämpfung dieser Verstöße erfolgt nicht durch die Androhung und Anwendung unmittelbaren Zwanges gegen die Verstoßenden selbst, sondern nur mittelbar dadurch, daß Vermögensverschiebungen, deren Zweck ein solcher Verstoß ist, rechtlich nicht als vollwertig angesehen werden. Es widerspräche nun der Billigkeit, eine derartige rechtlich nicht vollwertige Vermögensverschiebung bei dem verwerflichen Empfänger zu belassen, und daraus resultiert die Pflicht desselben zur Herausgabe des Erlangten. Auch hier ist das subjektive Moment ohne Bedeutung. Denn der Verstoß gegen das Gesetz oder die guten Sitten stellt den objektiven Mangel einer iusta causa für die Vermögensverschiebung dar. Infolgedessen dürfte es auch unrichtig sein, wenn das RG. entgegen seiner ursprünglichen Ansicht als Voraussetzung der Kondiktion das Bewußtsein des Empfängers verlangt, gegen das Gesetz [43]) oder die guten Sitten [44]) zu verstoßen. Wenigstens ist diese Voraussetzung nach den Motiven nicht gerechtfertigt.

---

auch Planck § 817, 2 a; Oertmann, § 817, Anm. 1; gegen den Strafgedanken Lobe, Recht a.a.O.; Heck, a.a.O.; vgl. auch Staudinger.

42) Vgl. Ed. Kohlrausch, „Strafrecht" I, 3 in Handwörterb. d. Rechtswiss. 5. Band.

43) Vgl. RG. 104, 54; 105, 272; 132, 41; JW. 1923, 371 VII; Seuff. Arch. 77 Nr. 134; Recht 1922 Nr. 840; 1923, Nr. 30.

44) RG. 95, 347; 127, 279; JW. 1930, 3218 XI; 1931, 3442, XI.

Aus der Tatsache, daß es sich in § 817 um Personen handelt, die gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, und nicht — wie in den §§ 134, 138 — um Rechtsgeschäfte, folgert Oertmann [45]), daß der Verstoß des §817 auch subjektiv beurteilt werden müsse und daß wenigstens ein fahrlässiges Verhalten auf Seiten des Verstoßenden erforderlich sei. Gegen diese Auffassung spricht, daß das grammatische Subjekt dieser Betimmung ebensowenig wie das der §§ 134, 138 eine Person ist, sondern ein Rechtsbegriff, („Der Zweck einer Leistung"), welcher wohl schwerlich subjektiv gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen kann [46]). Weiterhin ist zu bedenken, daß es nur auf den Ursprung der Bestimmung als einer persönlichen condictio gegen den Verstoßenden zurückzuführen ist, daß der Wortlaut auch die verstoßende Person — „quia turpiter acceptisti" — und nicht alein den Rechtsvorgang betrifft.

Der beste Beweis dafür, daß die Herausgabepflicht wegen verwerflichen Empfanges keine Strafvorschrift ist, mag sie im Einzelfall vom Herausgabepflichtigen auch als solche empfunden werden, ist das Schicksal der römischen condictio furtiva. Diese condictio, die ebenso wie die condictio ob turpem vel iniustam causam eine condictio wegen „subjektiv" widerrechtlichen Erwerbes war, ist im modernen Recht spurlos verschwunden, ohne eine Lücke zu hinterlassen. Der mit der condictio furtiva bezweckte Erfolg der Rückleitung des Diebesgut wird heute durch die Klage auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung, aus dem Eigentum und auf Grund der allgemeinen condictio des § 812 herbeigeführt [47]). Zwar besteht auch heute noch dasselbe Bedürfnis wie in Rom, im Falle des Diebstahles den Dieb zu bestrafen, sowie den Bestohlenen zu entschädigen, aber es besteht kein Bedürfnis mehr nach einer besonderen Klage gegen den Dieb, und es besteht auch kein Bedürfnis, die Bestrafung des Diebes mit der zivilrechtlichen Schadensersatzpflicht zu verbinden. Entsprechend wird auch nach wie vor das Bedürfnis fortbestehen, gesetzes- oder sittenwidrige Vermögensverschiebungen zu verhindern; es wird hingegen nicht immer das Bedürfnis fortbestehen, die Rückgängigmachung solcher Vermögensverschiebungen durch eine besondere Bereicherungsklage wegen verwerflichen Empfangs zu gewährleisten. Infolgedessen wird die Beibehaltung der Vorschrift des § 817 Satz 1 im kommenden Recht lediglich eine Frage der legislatorischen Zweckmäßigkeit und der gesetzestechnischen Systematik sein und nicht etwa die Frage eines besonderen Rechtsbedürfnisses.

---

45) Oertmann § 817 Anm. 1.

46) Über das Verhältnis der strafrechtlichen Bestimmungen zu denen des bürgerlichen Rechts verdienen die phänomenologischen Betrachtungen von Adolf Reinach in „Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts" Beachtung; es heißt dort (3. Kap. § 8): „Rechtliche Bestimmungen setzen als solche ihren Inhalt als seinsollend. In dieser Hinsicht stehen sie alle auf einer Stufe. Neben dem Satz, daß Ansprüche durch ihren Inhaber ohne Zuziehung des Gegners regelmäßig an Dritte übertragen werden können, steht der Satz des StGB., daß die mit Überlegung ausgeführte Tötung eines Menschen mit dem Tode bestraft wird, beide Sätze weder Behauptung eines Soseins, noch Befehle eines Verhaltens, sondern echte Bestimmungen eines Soseinsollens. Während aber die Strafrechtsbestimmung das, was sie als seinsollend setzt, durch die Setzung nicht unmittelbar realisieren kann, insofern als hier Handlungen und Begebenheiten der äußeren und inneren Natur — (objektiver und subjektiver Tatbestand!) — in Frage stehen, handelt es sich bei jener bürgerlichrechtlichen Bestimmung um Gegenständlichkeiten der rein rechtlichen Sphären, die in einer wirksamen Bestimmung und — (allein) — durch sie zur Existenz gelangen können", Jahrbuch für Philosophie pp. 1. Bd. Teil II, 1913.

47) Staudinger, Vorbem. 2 a E zu § 812.

DRITTES KAPITEL.

Die Bedeutung der Ausschlußklausel des § 817 S. 2.

Die von der Rechtssprechung und der Rechtslehre vertretene Zulässigkeit der Ausdehnung des in § 817 Satz 2 enthaltenen Rückforderungsausschlusses auf den allgemeinen Bereicherungsanspruch des § 812 wird hauptsächlich in dreifacher Weise begründet:

Der Bereicherungsanspruch sei ein im wesentlichen einheitlicher, gemeinsamen Regeln unterstehender Herausgabeanspruch, infolgedessen gelte auch der Kondiktionsausschluß des § 817 Satz 2 nicht nur für die Herausgabe wegen verwerflichen Empfangs gemäß § 817 Satz 1, sondern auch für den allgemeinen Herausgabeanspruch des § 812[48]).

Die Ausdehnung sei weiterhin deshalb berechtigt, weil § 817 Satz 2 eine allgemeine Strafvorschrift für den verwerflich Leistenden darstelle. Wer verwerflich geleistet habe, solle zur Strafe dafür jedes Kondiktionsrechtes verlustig gehen, entsprechend dem Grundsatz „nemo in iudicio auditur turpitudinem suam allegans“[49]).

Endlich verweist man auf das unbillige Ergebnis, zu welchem die Beschränkung der Ausschlußklausel lediglich auf die Klage aus § 817 Satz 1 führen würde, indem dem verwerflichen Empfänger eine Einrede gegen den verwerflich Leistenden zustehe, welche dem aus § 812 in Anspruch genommenen nicht verwerflichen Empfänger versagt sei[50]).

Zur Beantwortung der Frage, ob die Ausdehnung der Auschlußklausel aus dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit aller Bereicherungsansprüche gerechtfertigt ist, gilt es vom Wortlaut und der Fassung des Gesetzes auszugehen sowie den Willen des Gesetzgebers zu bestimmen, wie er sich in der Entstehungsgeschichte und in den Motiven kundtut.

Der Wortlaut der Ausschlußklausel — die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt — läßt in der Tat ihre Ausdehnung auf einen anderen als den in § 817 Satz 1 enthaltenen Bereicherungsanspruch nicht zu. Sowohl die Worte „ein solcher Verstoß“ als vor allem das Wort „gleichfalls“ weisen eindeutig auf den in § 817 Satz 1 enthaltenen Tatbestand des einseitigen Empfangsverstoßes hin[51]). Die Ansicht von Enneccerus-Lehmann und Neubecker[52]), daß das Wort „gleichfalls“ hier nicht logisch, sondern lediglich grammatisch „satzverbindend“ aufzufassen sei, erscheint im Hinblick auf die Fassung der Ausschlußklausel im zweiten Entwurf zum BGB. nicht gerechtfertigt. E. 2 (§ 741 Satz 2) lautete nämlich: „. . . ist zur Herausgabe verpflichtet, es sei denn, daß dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt“. In dieser Fassung war das Wort „gleichfalls“ offensichtlich nur logisch zu verstehen, da die Satzverbindung ja schon durch die Anknüpfung mit „es sei denn“ hergestellt wurde. Auch die Fassung der Ausschlußklausel des § 817 Satz 2 spricht gegen ihre Ausdehnung auf andere Bereicherungsansprüche. Denn wenn tatsächlich der Gesetzgeber dem Rückforderungsausschluß des § 817 Satz 2 eine allgemeinere, über § 817 Satz 1 hinausgehende Bedeutung hätte beimessen wollen[53]), dann hätte er entsprechend der sonst gepflogenen

48) Planck, § 817 Anm. 4, Oertmann § 817 Anm. 6 c; RG. 73, 346; 70, 4; 101, 308; RG. JW. 1913, 734 II; Warneyer 1920 Nr. 195; 1922 Nr. 61; dagegen Staudinger.

49) RG. 127, 279; 132, 33; RG. JW. 1930, 3218 XI; 1931, 3442 XI; Planck § 817, Anm. 5 d.

50) Oertmann § 817 Anm. 6 a; Enneccerus, § 446 S. 2 Anm. 4; Heck, a.a.O. S. 26; vgl. auch Gruch. Bd. 41 S. 794; Warneyer Komm. Bem. 2 zu § 817; Staudinger, § 817, 2 d.

51) vgl. das leitende Erkenntnis RG. 63, 954.

52) Neubecker, DJZ. 1902 S. 569, Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 223 Nr. 8; auch Planck, § 817 Anm. 4; a. A. Heck, a.a.O. S. 37.

53) So RG. 63, 355.

Technik diesen allgemeinen Rückforderungsausschluß nicht unmittelbar an die besondere Kondiktion wegen verwerflichen Empfanges angeschlossen, sondern zum mindesten in einem eigenen Abschnitt, wenn nicht überhaupt in einem eigenen Paragraphen behandelt. Daß hierbei kein zufälliges Redaktionsversehen vorliegt, lehrt auch die Entstehungsgeschichte des § 817 Satz 2. Diese gibt zwei Gruppen von Anhaltspunkten für den Willen des Gesetzgebers, die Anlehnung an das römische Recht und die Verlegungsbeschlüsse der sogen. zweiten Kommission[54]).

Auf das römische Recht ist deshalb zurückzugreifen, weil die Motive (II, 850) die Aufnahme der Ausschlußklausel in § 817 damit begründen, daß die Regelung des § 817 Satz 2 dem geltenden Recht entspreche, sowie auch dem Gedanken, auf welchem die condictio ob turpem causam beruhe. Das geltende Gemeine Recht hielt sich hinsichtlich der hier erörterten Materie ganz an das römische Recht. Und auch bei ihrer Behandlung im BGB. wollte man nicht neues Recht schaffen, sondern grundsätzlich nur die Interessen schützen, welche das römische Recht geschützt hatte. Im römischen Recht begegnet uns die Ausschlußklausel mit Ausnahme einer angeblichen Ulpianstelle in D 12. 5. 4. § 3 nur bei der condictio ob turpem causam für den Fall der beiderseitigen Verwerflichkeit; und zwar wird dort entsprechend dem Grundsatz „in pari turpitudine melior est causa possidentis" der Wegfall der repetitio immer mit dem besseren Recht des Besitzenden begründet[55]). Diesem Grundsatz liegt folgende ratio zugrunde. Im Falle der Verwerflichkeit des Empfängers und des Leistenden sind beide Interessen gleich wenig schutzbedürftig. Hat der Leistende die Leistung schon erbracht, dann entbehrt diese Vermögensverschiebung wegen der verwerflichen Annahme seitens des Empfängers zwar einer iusta causa, aber trotz des Fehlens der iusta causa soll der Leistende die Leistung nicht kondizieren können, da wegen seiner eigenen Verwerflichkeit auch die Kondiktion gewissermaßen einer iusta causa entbehren würde. Ist die Leistung hingegen bloß versprochen, aber noch nicht erbracht, dann soll sie bei dem verwerflichen Versprecher bleiben, da ja erst durch die Erfüllung des Versprechens der vom Gesetzgeber gebilligte Zustand eintreten würde. Infolgedessen soll die verwerfliche Leistung jeweils dort bleiben, wo sie sich gerade — „schon" oder „noch" — befindet. Keine Partei ist zwar zum Besitz der Leistung an sich berechtigt, aber der jeweils nicht im Besitz der Leistung befindliche Teil ist zu schwach, angriffsweise gegen den anderen Teil vorzugehen, und deshalb ist die causa possidentis in der Tat melior.

In der genannten Ulpianstelle (D. 12. 5. 4. § 3) wird auch die bloß einseitige Verwerflichkeit des Leistenden als Kondiktionsausschluß angegeben; die Stelle lautet: „Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt (sed nova ratione, non ea quod utriusque turpitudo versatur sed solius dantis, illam enim turpiter facere quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix). Da diese Stelle in der

54) Heck erörtert als weiteren Anhaltspunkt für den Willen des Gesetzgebers auch noch die Stellungnahme der Reichstagskommission, ohne indessen näher darzutun, inwiefern die Stellungnahme der Reichstagskommission den Willen des Gesetzgebers besonders zum Ausdruck bringt, Heck a.a.O. S. 47, 52, 53.

55) D. 3, 6, 5 § 1 (Ulpian). Sed etiam praeter hanc actionem condictio competit, si sola turpitudo accipientis versetur nam si et dantis melior causa erit possidentis. — D. 12. 5 3 (Paulus). Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus. l. 8. (Paulus), porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse et ideo repetitionem cessare. D. 12, 7. 5 (Papinian). Cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem et in delicto pari potiorem esse possessorem. C. 4. 7. C. 2 (Jmp. Antoninus). Cum te propter turpem ausam contra disciplinam temporum meorum domum adversariae dedisse profitearis, frusta eam restitui tibi desideras, cum in pari causa possessoris melior condicio habeatur.

Folgezeit als ein Beweis dafür angesehen wurde, daß schon das römische Recht einen allgemeinen Kondiktionsausschuß bei bloß einseitiger Verwerflichkeit des Leistenden gekannt habe, und da auch die Ausdehnung des in § 817 Satz 2 enthaltenen Kondiktionsausschusses auf den Herausgabeanspruch des § 812 gerade mit Hinweis auf diese Stelle begründet wird[56]), so verlohnt es sich, näher auf sie einzugehen.

Heck[57]) meint in seinem eingehenden Aufsatz über die Ausdehnung des § 817 Satz 2, daß es sich hier nicht um eine echte Ulpianstelle handeln könne, sondern offenbar die sinnentstellende Verballhornung eines späteren Glossators vorliege, und daß die ursprüngliche Ulpianstelle etwa wie folgt gelautet haben müsse: „Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, quoniam utriusque turpitudo versatur". Als Beweis führt Heck folgende Gründe an:

1. Es sei chronologisch nicht möglich, daß nach der „neueren Ansicht" (nova ratione), welche dem Labeo und Marcellus zugeschrieben und vom Ulpian vertreten werde, die turpitudo dantis allein zum Kondiktionsausschluß genüge, wo doch die angeblich ältere Anschauung, — wonach die repetitio nur im Falle beiderseitiger Verwerflichkeit wegfällt, — sich bei Papinian, Paulus und ebenfalls wieder bei Ulpian finde.

2. Sachlich enthalte diese Stelle einen juristischen Denkfehler, der einem Ulpian nicht zuzutrauen sei. Denn wenn der Empfang der Gabe durch die meretrix garnicht unsittlich sei, dann fehle es überhaupt an der Begründung für eine condictio. Wenn aber gar keine condictio vorliege, dann könne die turpitudo dantis auch nicht einen Kondiktionsausschluß herbeiführen. Überdies würde Ulpian, wenn ihm dieser juristische Denkfehler in D. 12. 5. 4 § 3 zufällig unterlaufen wäre, ihn doch bei der Niederschrift des folgenden Satzes, wo das entscheidende Element richtig hervorgehoben würde, bemerkt und berichtigt haben. (Ebenda § 4): „Si tibi indicium dedero, ut poterit repeti quod datum est; nec enim turpiter accepisti".

3. Auch die Sprache deute auf eine nachträgliche Abänderung des ursprünglichen Textes. Grammatisch gehöre „ratione" zu „solius dantis" und nicht zur turpitudo dantis, wie dies dem Sinn entsprechen würde. Das doppelte „sed" weise ebenfalls auf eine nachträgliche Korrektur hin. Das erste „sed" entspreche nämlich dem ursprünglichen Gegensatz der beiderseitigen turpitudo zu der unmittelbar vorher erwähnten einseitigen, das zweite „sed" dem Gegensatz, der durch die Einschiebung zu allen vorhergehenden Entscheidungen geschaffen worden sei. Zu erwähnen sei noch der Indikativ „versatur", während die weitere Begründung in indirekter Rede folge, „facere", „accipere"; wenn Ulpian den ganzen Text geschrieben hätte, so müßten wir den Konjunktiv finden. Der Indikativ wie auch der sachliche Fehler dürften dafür sprechen, daß in dem ursprünglichen Text die utriusque turpitudo als Grund angegeben wäre.

Wenngleich diese von Heck angeführten Argumente durchaus noch keinen zwingenden Beweis für die Unechtheit der Stelle abgeben und wenngleich dem Verfasser dieser Arbeit mangels eigener Sachkenntnis vor allem zweifelhaft ist, ob die sprachkritische Argumentation Hecks einer wissenschaftlichen philologischen Nachprüfung standhalten würde, so berechtigen sie jedenfalls zu der negativen Feststellung, daß der Ausschluß der Rückforderung wegen einseitiger Verwerflichkeit des Gebers im klassischen Rechte nicht einmal für den Fall der meretrix erwiesen ist. Die Annahme also, daß das klassische Recht schon einen allgemeinen Kondiktionsausschluß wegen alleiniger Verwerflichkeit des Leistenden gekannt habe, entfällt damit vollends.

Dennoch blieb die meretrix-Klausel, da sie nun einmal als römisches Recht auf uns gekommen ist, im modernen Recht nicht ohne Auswirkung. So

56) Dernburg, Neubecker, a.a.O.; Windscheid, Pand. § 428 Note 9, sowie die hier folgenden Ausführungen.

57) Heck. Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche. Arch. Ziv. Prax. 124. S. 42 f.

hat das Sächsische BGB. vom 2. Januar 1805 im § 1543 die Bestimmung aufgenommen: „Fällt sowohl dem Empfänger als dem Geber oder dem Geber allein eine Unsittlichkeit zur Last, so ist die Rückforderung ausgeschlossen." Auch diese Bestimmung also, die sich in dem Abschntit „Die Rückforderung wegen unsittlichen oder unrechtlichen Grundes" befindet, enthält denselben juristischen Denkfehler, den Heck oben dem Glossator der Ulpianstelle vorwarf: die Rückforderung wird wegen einseitigen Geberverstoßes ausgeschlossen, obwohl bei einseitigem Geberverstoß überhaupt kein Rückforderungsanspruch „wegen unsittlichen oder unrechtlichen Erwerbsgrundes" gegeben ist. In logisch sinnvollerer Weise fand die Meretrixglosse Eingang in Windscheid's Lehre von der Kondiktion wegen mangelnder Voraussetzung[58]). Darin wird die turpitudo dantis als Ausschlußgrund für die condictio causa data causa non secuta und diese condictio wiederum als Unterfall einer allgemeinen conditio wegen mangelnder Voraussetzung angesehen. Dies bedeutete ohne Zweifel eine über das klassische Recht hinausgehende Verallgemeinerung des Ausschlußgedankens, aber immerhin eine Verallgemeinerung, die nicht wie die erwähnte Meretrixglosse unlogisch war. Lag ihr doch der allgemeine Grundsatz „nemo in iudicio auditur turpitudinem suam allegans" zugrunde! Aber auch Windscheid beschränkte die Ausschlußklausel nur auf die allerdings weitgefaßte condictio wegen mangelnder Voraussetzung und dehnt sie nicht schlechthin auf alle Bereicherungsansprüche aus.

In E. 1 erschien die Auschlußklausel zweimal, einmal in Anlehnung an Windscheids Lehre bei der condictio wegen mangelnder Voraussetzung[59]) und zum anderen bei der condictio ob turpem causam als Kompensationsklausel für den Fall der beiderseitigen Verwerflichkeit[60]). Eine Ausdehnung des Kondiktionsausschlusses auf alle Bereicherungsansprüche kannte jedoch auch der E. 1 nicht. In dem Gegenentwurf der zweiten Kommission zu E. 1 wurde das Bereicherungsrecht in der Weise geordnet, daß eine allgemeine Kondiktionsvorschrift an die Spitze gestellt wurde (§ a), die einzelnen Kondiktionsfälle, zu denen auch der verwerfliche Empfang gehörte, in § b angereiht wurden und erst in der Folge unter § d die Ausschlußklausel wegen verwerflicher Leistung angeschlossen wurde. In diese Ausschlußklausel wurde die bereits für das römische Recht bezeugte Versprechensausnahme aufgenommen[61]). Im zweiten Entwurf waren also die zwei Ausschlußklauseln des E. 1 schon vereinigt. Allerdings war die neue Ausschlußklausel nunmehr vollständig von dem Tatbestand des Empfangsverstoßes losgelöst, was eine weitere Verallgemeinerung bedeutete.

Die zweite Kommission[62]) beschloß jedoch die Verselbständigung der condictio ob turpem causam, die Herausnahme der Ausschlußklausel aus den gemeinsamen Bestimmungen, sowie ihre Verbindung mit der condictio wegen Empfangsverstoßes (Verlegungsbeschluß). Neu hinzugefügt wurde dabei die der Versprechensausnahme folgende Gegenausnahme für den Fall der Versprechenserfüllung. Der Verlegungsbeschluß, der die Grundlage des heutigen § 817 BGB. geworden ist, lautete: „Verstößt die Zweckbestimmung gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten, so findet die Rückforderung nur dann statt, wenn dem Empfänger der Leistung ein solcher Verstoß zur Last fällt; sie ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls

58) Windscheid, a.a.O.

59) E. 1 § 743: „Die Rückforderung ist ausgeschlossen, 1) wenn die Voraussetzung, unter welcher sie geleistet worden ist, von der Art ist, daß von dem Geber durch die Leistung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist."

60) E. 1 § 747 Abs. 3: „Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn durch die Leistung auch von dem Geber gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist."

61) Heck, Schuldrecht, § 142 Nr. 14.

62) Vgl. Prot. II S. 686 Antrag 1, S. 687, 2 d, S. 702 IV; Materialien, Schuldrecht S. 1170/2937, 1181/2979.

ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leitung in der Begründung eines Schuldverhältnisses bestanden hat. Was zum Zweck der Erfüllung einer in dieser Weise begründeten Verbindlichkeit geleistet wird, kann nicht zurückgefordert werden." Die Protokolle sagen nun zwar nichts darüber aus, daß mit der Verlegung der Ausschlußklausel diese nur noch auf den Fall der condictio ob turpem causam beschränkt werden sollte; aber dies ergibt sich gerade daraus, daß man sie eben mit der Bereicherungsvorschrift wegen verwerflichen Empfanges unmittelbar verbunden hat, während man sonst einen eigenen Paragraphen geschaffen hätte. Damit schuf man im Endergebnis wieder denselben Zustand, der auch im römischen Recht bestanden hat.

In der Schlußredaktion des E. 2 wurde die heutige Fassung der condictio und der Ausschlußklausel gewählt und in dieser Form auch von der Reichstagskommission als § 801 angenommen.

Aus dem Verlegungsbeschluß dürfte die Beschränkung der Ausschlußklausel auf den Fall der Herausgabe wegen verwerflichen Empfanges an sich zur Genüge hervorgehen. Dennoch behauptet das RG. in seiner richtungweisenden Entscheidung vom 6. 5. 1906 (RG. 63, 355), daß der Ausdehnung der Ausschlußklausel auf alle Bereicherungsansprüche auch die Entstehungsgeschichte des BGB. nicht entgegenstehe; denn aus dem Inhalt des ersten Entwurfes (§§ 742, 743 Nr. 1, 747) und des zweiten Entwurfes (§ 741) ergebe sich, daß ursprünglich eine über den Fall der condictio ob turpem causam (§ 817 BGB.) hinausgehende Geltung des Ausschlußgedankens beabsichtigt gewesen wäre. Es erhelle aber nicht, daß die zweite Kommission die Geltung jenes Prinzips auf den Fall des § 817 einschränken wollte (vgl. Prot. S. 2937 und 2979). Mit Recht wendet sich Heck hiergegen, indem er anführt[63]), E. 1 § 742 und E. 2 § 741 hätten heute ganz auszuscheiden, eine Geltung außerhalb des § 817 Satz 1 sei außerdem noch nicht gleichbedeutend mit einer Generalgeltung der Ausschlußklausel auf alle Bereicherungsansprüche, endlich sei, wie schon erwähnt, der vermißte Beschränkungswille aus dem Verlegungsbeschluß ersichtlich, den das Urteil unerwähnt lasse. Das RG. ist hierbei, wie Heck nachweist[64]), ein Opfer der Auswirkungen der Meretrixglosse geworden. Denn das Urteil vom 29. 10. 1906 beruft sich auf die Klausel E. 1 § 743 Abs. 1, die Motive zu § 743 Abs. 1 verweisen nur auf Windscheid § 428 Note 9 und dieser wiederum allein auf die Meretrixglosse. Es mag übertrieben sein, wenn Heck diese Meretrixglosse deshalb als das Gespenst bezeichnet, das von der Wissenschaft und Praxis heraufbeschworen, unsere Rechtsprechung störe, wie es schon früher die Gesetzgebung gelegentlich beeinflußt habe. Wahrscheinlicher ist, wie im letzten Abschnitt noch ausgeführt wird, daß es die Beibehaltung des Grundsatzes „in pari turpitudine melior est causa possidentis" ist, die diese Störungen hervorruft. Jedenfalls aber steht gegenüber der vom Reichsgericht vertretenen Ansicht fest, daß weder der Wortlaut, noch die Fassung, noch die Entstehungsgeschichte der Ausschlußvorschrift des § 817 Satz 2 ihre Ausdehnung auf andere Bereicherungsansprüche als den in § 817 Satz 1 enthaltenen Anspruch zuläßt, womit auch das Argument der Einheitlichkeit aller Bereicherungsansprüche entfällt. Sahen wir also im vorigen Kapitel, daß der Herausgabeanspruch des § 817 Satz 1 ein selbständiger Anspruch ist, gegenüber dem allgemeinen Herausgabeanspruch des § 812, und deshalb auch nicht den Ausschlußbestimmungen desselben (§ 814) unterliegt, so können wir hier feststellen, daß umgekehrt die Ausschlußbestimmung des § 817 Satz 2 lediglich die condictio des § 817 Satz 1 ausschließen soll und nicht auch die des § 812.

Auch aus dem Gesichtspunkt der Strafe erscheint die Ausdehnung der in § 817 Satz 2 enthaltenen Ausschlußklausel auf den Bereicherungsanspruch des § 817 nicht gerechtfertigt. Denn wie wir im vorigen Kapitel erörterten, ist der Begriff der Strafe weder auf die Vorschriften des BGB.

63) Heck, Arch. ziv. Prax. 124 a.a.O. S. 53 Note 114.
64) Heck, a.a.O. S. 66, 67.

im allgemeinen, noch auf die Herausgabevorschrift des § 817 im Besonderen anzuwenden. Noch weniger als auf den Tatbestand des § 817 Satz 1 ist der Gedanke der Strafe jedoch auf die Vorschrift des § 817 Satz 2 anwendbar und zwar einmal, weil der dem § 817 Satz 2 zugrundeliegende Grundsatz der melior causa possidentis bei gleicher Verwerflichkeit notwendig die Annahme eines Strafgedankens ausschließt, zum andern, weil die Vorschrift des § 817 Satz 2 das für jede Bestrafung wesentliche Prinzip der Gleichmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit nicht kennt.

Der dem Rückforderungsausschluß des § 817 Satz 2 zugrundeliegende Gedanke der melior causa possidentis schließt notwendig den Gedanken der einseitigen Bestrafung des Rückfordernden aus[65]). Denn entweder wird die Rückforderung ausgeschlossen, weil der Rückfordernde ohne Rücksicht auf die Strafwürdigkeit des verwerflichen Empfängers bestraft werden soll, d. h. also der Ausschlußgrund in der Strafwürdigkeit des Kondizierenden liegt, oder, weil beide Interessen gleich wenig schutzbedürftig sind und deshalb der im Besitz der Leistung befindliche Empfänger im Vorteil ist, das heißt die meliorem causam possidentis hat. Aus beiden Gründen zugleich kann jedoch die Rückforderung nicht ausgeschlossen sein. Im Falle des § 817 Satz 2 ist es nun nachweislich die melior causa des Empfängers, welche die Kondiktion ausschließt, und nicht die eigene Strafwürdigkeit des verwerflich Leistenden. Nur so erklärt sich auch die Tatsache, warum trotz der Strafwürdigkeit des Leistenden im Falle des Leistungsversprechens die Strafwirkung des Verlustes der Leistung nicht eintritt, oder mit anderen Worten warum die Strafwirkung nur beim Angriff, d. h. bei der Kondiktion der Leistung, und nicht auch bei der Abwehr, d. h. bei der Leistungsklage des Versprechensempfängers, eintreten soll[66]).

Der Annahme des Strafgedankens widerspricht vor allem aber, daß die Verwerflichkeit des Leistenden lediglich im Falle der Kondiktion „bestraft" werden soll und nicht auch in anderen Fällen, in welchen ebenfalls eine Rückforderung von verwerflichen Leistungen vorliegt. Es verletzt doch das Prinzip der Gleichmäßigkeit der Bestrafung, daß nur dem Kondiktionsbeklagten die Einrede der Verwerflichkeit des Leistenden zustehen soll und nicht etwa auch dem aus dem Eigentum oder aus unerlaubter Handlung in Anspruch Genommenen. Die Beschränkung der „Strafvorschrift des § 817 Satz 2 auf die Kondiktionsansprüche wird damit begründet[67]), daß das BGB. den Grundsatz „nemo in iudicio auditur turpitudinem suam allegans" in dieser Allgemeinheit nicht kenne. Ist es nicht richtiger, daß es ihn überhaupt nicht kennt? Heck weist nun darauf hin, daß wenn die Vorschrift des § 817 Satz 2 eine Strafe für den verwerflich Leistenden darstellt, es sich auf jeden Fall um eine sehr hohe Strafe handelt; denn eine gegenseitige Abwägung des Grades der beiderseitigen Verwerflichkeit findet bei dem Rückforderungsausschluß des § 817 Satz 2 nicht statt[68]). So wird z. B. der Teil, der sich aus reiner Gefälligkeit gegenüber dem anderen Teile auf das verbotene oder unsittliche Rechtsgeschäft einläßt und auch nur aus Gefälligkeit die Vorleistung erbringt, für sein Verhalten mit dem Ausschluß der condictio bestraft, während der andere Teil, dessen Verhalten doch objektiv noch verwerflicher ist, nicht bestraft wird.

Geradezu grotesk wirkt das Mißverhältnis bei der Ausdehnung der Ausschlußklausel auf die Bereicherungsklage des § 812. Hier wird der verwerfliche Empfänger zum Zweck der Bestrafung des Leistenden sogar noch belohnt. Denn wie wir bereits im ersten Kapitel sahen, kann nach der herrschenden Rechtsprechung und Rechtslehre im Falle beiderseitiger Verwerflich-

65) Heck a.a.O. S. 39, 40.

66) Heck, a.a.O. S. 38.

67) Planck, § 817 Anm. 4; Staudinger § 817 Anm. 2 d; RGR.Komm. § 817 Satz 2 Anm. 2; Enneccerus-Lehmann, § 223 Note 3; Warneyer Rspr. 1922 Nr. 64; 1920 Nr. 145; 1914 Nr. 273.

68) RG. 78, 295; OLG. Jena, JW. 1920, 840; vgl. demgegenüber § 254 BGB.

keit auch der aus § 812 in Anspruch Genommene die Einrede aus § 817 Satz 2 geltend machen[69]). Das bedeutete, wie wir sahen, daß der Beklagte im Hinblick auf die Nichtigkeitsvorschriften der §§ 134, 138 die Gegenleistung verweigern kann, ohne die ihm erbrachte Leistung herausgaben zu müssen, da ja der Kläger für sein verwerfliches Verhalten des Rückforderungsrechtes verlustig gehen soll. Daß dieses unbillige Ergebnis, welches tatsächlich einer B e l o h n u n g des Empfängers für sein verwerfliches Verhalten gleichkommt, nicht mit dem Gedanken der Bestrafung begründet werden kann, liegt auf der Hand. Denn die Verletzung des Prinzips der Gleichmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit der Bestrafung ist hier zu offensichtlich; besonders in den Fällen, in welchen die Verwerflichkeit des Empfängers objektiv noch größer ist als die des zu bestrafenden Leistenden.

So einleuchtend endlich auch auf den ersten Blick die Begründung der Ausdehnung der Ausschlußklausel auf § 812 mit dem Hinweis erscheint, daß dem n i c h t verwerflichen Kondiktionsbeklagten die Einrede gegen den verwerflich Leistenden nicht versagt sein solle, welche dem v e r w e r f l i c h e n Kondiktionsbeklagten gemäß § 817 Satz 2 zusteht, (arg. a fortiore ad minus), so zeigt sich bei näherem Zusehen, daß es nicht die Beschränkung der Ausschlußklausel, sondern im Gegenteil gerade ihre Ausdehnung ist, welche zu diesem befremdlichen Ergebnis führt. Denn die Verwerflichkeit des Empfängers oder des Leistenden ist ein Umstand, der an sich nur bei der Klage aus § 817 Beachtung verdienen sollte und nicht auch bei der aus § 812. Dies dürfe sich aus dem Wesensunterschied der beiden Kondiktionen ergeben. Denn die condictio aus § 817 gründet sich ja gerade auf die Verwerflichkeit des Empfängers — quia turpiter accepisti —. Infolgedessen ist es billig, daß die eigene Verwerflichkeit des Leistenden diese condictio ausschließt. Die Kondiktion des § 812 hingegen gründet sich auf das Nichtbestehen bezw. das Nichtmehrbestehen des der Leistung zugrunde liegenden Schuldgrundes; und infolgedessen ist hier nicht die Einrede der Verwerflichkeit des Leistenden, sondern die Einrede der Kenntnis von dem Nichtbestehen des Schuldgrundes (§ 814) am Platze. Aus dem gleichen Grunde dürfte die Einrede der Verwerflichkeit des Leistenden auch nicht auf den Fall des einseitigen Geberverstoßes (Wucherfall) ausgedehnt werden. Denn auch hier ist der Umstand entscheidend, daß die Klage nicht auf die Verwerflichkeit des Empfängers gestützt wird, sondern auf die allgemeinen Kondiktionsvorschrift in Verbindung mit der absoluten Nichtigkeitsnorm des § 138 II BGB. Zum Schutz des nichtverwerflichen Empfängers ist in diesem Falle die Ausschlußvorschrift des § 814 gegeben, sowie die allgemeine exceptio doli generalis, falls sich der verwerflich Leistende in arglistiger Weise die eigene Verwerflichkeit zunutze machen sollte. Daraus ergibt sich, daß auch das für die Ausdehnung geltend gemachte argumentum a fortiore ad minus nicht schlüssig ist, indem tatsächlich der verwerfliche Empfänger garnicht vor dem nichtverwerflichen bevorzugt wird. Denn ebenso wenig wie der aus § 812 in Anspruch genommene verwerfliche Empfänger von Rechtswegen nicht die Einrede aus § 817 Satz 2 geltend machen dürfte, ebensowenig dürfte sie auch von dem aus § 812 in Anspruch genommenen n i c h t verwerflichen Empfänger geltend gemacht werden. Warum sollte beispielsweise auch der Bewucherte wegen der Verwerflichkeit des Wucherers die erhaltene Darlehnsvaluta ohne Grund behalten dürfen? Ist doch selbst dem Deliktsrecht fremd, daß der Verletzte auf Kosten des Delinquenten einen „Gewinn" erhält. Zuzugeben ist allerdings, daß, solange die Rechtsprechung an der Ausdehnung des § 817 Satz 2 auf § 812 festhält, das argumentum a fortiore ad minus insofern eine gewisse Berechtigung hat, als der nichtverwerfliche Empfänger nicht weniger Rechte gegen den verwerflich Leistenden haben soll als der verwerfliche Empfänger. Unrichtig dürfte es nur sein, mit diesem argumentum gerade erst die Ausdehnung der Ausschlußklausel auf die condictio aus § 812 zu begründen.

---

69) 1. Kapitel, S. 4 ff.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die vom Reichsgericht und vom Schrifttum gegebenen Begründungen für die Ausdehnung der Ausschlußklausel nicht stichhaltig sind. Es bleibt daher zu prüfen, ob die Ausdehnung notwendig ist, um zu Entscheidungen zu gelangen, die nach heutigem Rechtsempfinden bei Abwägung aller Interessen der Billigkeit entsprechen. Auch dies ist aber zu verneinen. Denn gerade die Ausdehnung der Ausschlußklausel auf § 812 führt, wie wir sahen, zu dem unbilligen Ergebnis, daß der Empfänger die Herausgabe der Leistung verweigern kann, ohne seinerseits die Gegenleistung erbringen zu müssen. Umgekehrt entspricht es durchaus der Billigkeit, daß der Empfänger der Leistung entweder die vereinbarte Gegenleistung entrichtet, oder aber, falls im Hinblick auf die Verwerflichkeit des Rechtsgeschäftes die Nichtigkeit geltend gemacht und auf Grund der Nichtigkeit die Leistung verweigert wird, er wenigstens die Leistung wieder herausgeben muß. Dadurch würde der alte, wenn auch vom Gesetzgeber vielleicht nicht immer erwünschte, aber doch geduldete Zustand wiederhergestellt. Es entfielen damit auch die mannigfachen, juristisch nicht immer haltbaren Versuche der Rechtsprechung und Rechtslehre, das durch die Ausdehnung der Ausschlußklausel bewirkte unbillige Ergebnis zu mildern. Im Folgenden mögen einige derartige Milderungsversuche aufgeführt werden, um zu zeigen, welch befriedigendere Lösung die strenge Beschränkung der Ausschlußklausel auf den Tatbestand des § 817 Satz 1 darstellt.

So hat das RG. (E. 67, 326) z. B. in dem Falle der Rückforderung einer Kaution, die für einen sogen. Kastellanvertrag (§ 138) gestellt war, die Anwendung des § 817 Satz 2 aus zwei Gründen abgelehnt, einmal deshalb, weil die Kaution nur mittelbar dem einschlägigen Hauptvertrag diene, zum anderen, weil die Ausschlußklausel nur auf die „Gewährung eines solchen Vermögensvorteils" zu beschränken sei, „der dazu bestimmt ist, e n d g ü l t i g in das Vermögen des Empfängers überzugehen". Die Ausschlußklausel solle nämlich keine Anwendung finden, wenn der Vorteil nur zu vorübergehenden Zwecken zugeführt werde und, soweit kein späterer Grund für seinen dauernden Übergang in das Vermögen des Empfängers eingetreten sei, „schon seiner Natur nach" zurückgeführt werden müsse. Diese sogen. Zeittheorie ist seitdem feststehende Praxis geworden [70]). Eine derartige Trennung zwischen endgültigen und nur zeitweiligen Vermögensverschiebungen ist jedoch im Hinblick auf das Faktum der Verwerflichkeit nicht statthaft. Diese Notbegründung beweist die Verlegenheit, aus der sie gegeben wird. Beschränkt man die Ausschlußklausel, so ist sie nicht erforderlich.

Ein anderer Versuch, die unbilligen Resultate der Ausdehnung zu mildern, ist das Bestreben, das abstrakte Vollzugsgeschäft grundsätzlich auch von der Wirksamkeit des Kausalgeschäftes abhängig sein zu lassen, sodaß nicht die der Ausschlußvorschrift des § 817 Satz 2 unterworfene Kondiktion des § 812 in Frage kommt, sondern die der Ausschlußklausel nicht unterworfene Eigentumsklage [71]). Hier ist zu sagen, daß die Unterstellung eines nach § 139 e i n h e i t l i c h e n Grund- und Erfüllungsgeschäftes überhaupt nur im Fahrnisrecht möglich ist (vgl. § 925 Abs. 2) und somit der weite Bereich von verwerflichen Rechtsgeschäften über Grundstücke und Grundstücksrechte (Bordell-Grundstücke und Hypothek) weiterhin der unbilligen Auswirkung der Ausdehnung unterworfen bleibt; ganz abgesehen davon, daß die Ausdehnung der Ausschlußklausel lediglich auf Herausgabeansprüche des Bereicherungsrechtes und nicht auf entsprechende Eigentums-, Schadensersatz- oder Wandelungsasnprüche als willkürlich erscheint.

Eine weitere Einschränkung der Ausdehnung der Ausschlußklausel soll nach allgemeiner Ansicht zu Gunsten des Konkursverwalter erfolgen können [72]). Dieser soll die Leistung auch bei Sittenwidrigkeit des Konkurs-

70) RG. 67, 326; JW. 1912, 862 XX; 1921, 461, IV; Warneyer 1911 Nr. 115; 1917 Nr. 206; Nr. 32; Gruchot 58, 891; Planck, § 817 Anm. 5 b c.

71) Enneccerus-Lehmann, a.a.O. § 223, Nr. 2 a.

72) Für die Kondiktion des KV., also für die Einschränkung, sind RG. 99, 161; 105, 31; RG. in JW. 1931, 2093 V; Planck § 817 Anm. 5 c; Enneccerus-

schuldners einziehen dürfen. „Denn, wenngleich der Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners klage, so klage er doch nicht wie ein Vormund im einseitigen Interesse des Vertretenen, sondern vornehmlich im Interesse des Konkursgläubigers". Das Bedenkliche dieser Einschränkung liegt in der Vernachlässigung der Regel, daß die Konkursgläubiger als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners grundsätzlich nicht mehr Rechte als der Gemeinschuldner selbst haben sollten. Nach der herrschenden Lehre müssen sich deshalb aus einem gleichen Grunde die Erben als Rechtsnachfolger des Erblassers dessen Verwerflichkeit entgegenhalten lassen [73]). Ein anderer beachtenswerter aber mißglückter Versuch, das unbillige Ergebnis der Ausdehnung des § 817 Satz 2 zu vermeiden, ist die Entscheidung des Reichsgerichts in einem Falle eines einseitigen Geberverstoßes [74]). Dort wird dem Kläger auf die Einrede der Verwerflichkeit hin die replicatio doli generalis zugebilligt und zwar mit folgender Begründung: „Das Gesetz stellt, da es kein Interesse hat, den einen Teil vor dem anderen zu b e g ü n s t i g e n (!), keinem der Teile einen Rechtsbehelf zur Verfügung, um eine Änderung der tatsächlich bestehenden Vermögenslage herbeizuführen. Mit diesem Grundgedanken würde aber das Gesetz in Widerspruch geraten, wenn es dem Empfänger gestatten wollte, das ihm Geleistete zu behalten und außerdem die sich aus der Nichtigkeit des Geschäfts ergebende Forderung auf eine weitere Leistung . . . durchzusetzen". Diese replicatio doli generalis ist nur eine bescheidene Aushilfe für den Einzelfall. Viel besser hätte die Entscheidung des Reichsgerichts sich grundsätzlich von der Ausdehnung der Ausschlußklausel abgewandt [75]).

Nicht zu vergessen sei schließlich noch die Einschränkung der Ausschlußklausel, die Heck vertritt. Heck [76]) will nämlich die Ausdehnung des § 817 Satz 2 nur für diejenigen auch unter § 812 fallenden Bereicherungsansprüche zulassen, bei denen die Nichtigkeit der Kausalabrede infolge Verstoßes gegen § 134 oder § 138 gegeben ist (von Heck als „materielle Konkurrenzfälle zu § 817" bezeichnet); er will hingegen nicht die Ausdehnung auf solche Fälle durchgeführt wissen, in welchen die Nichtigkeitsbestimmung nicht der Verstoßbekämpfung, sondern anderen Interessen dient, etwa dem Irrtumsschutz oder dem Schutz der Minderjährigen (sogen. „formelle Konkurrenzfälle"). Wie im vorigen Abschnitt erörtert wurde, dürfte die Einschränkung Hecks auch noch zu eng sein, weil gerade die Ausdehnung der Ausschlußklausel auf die „materiellen Konkurrenzfälle" zu dem unbilligen Ergebnis der Belohnung des verwerflichen Empfängers führt [77]).

Alle diese Versuche, die unbilligen Ergebnisse der Ausdehnung der Ausschlußklausel auf die Kondiktion des § 812 zu mildern, würden sich nun erübrigen, wenn der in § 817 Satz 2 enthaltene Rückforderungsausschluß allein auf die Kondiktion wegen verwerflichen Empfanges beschränkt würde. Es fragt sich nur, ob dann der Ausschlußklausel überhaupt noch eine praktische Bedeutung zukäme. Dies ist zu verneinen. Denn es gibt praktisch

---

Lehmann, a.a.O. § 223 Anm. 3 und DJZ. 1921, 94; gegen die Kondiktion des KV., also für die Ausdehnung, sind Jaeger, Komm. KO., 7. Aufl. § 6 Anm. 6; RGR.Komm. 7. Aufl.; Mansfeld in JW. 1933, 1009; Matiessen in JW. 1931, 2093, V.

73) RG. 48, 293 und 297; 99, 161; Die Erben müssen sich sogar die Verwerflichkeit des Leistenden dann entgegenhalten lassen, wenn diese sich gerade gegen sie selbst richtete, RG. 111, 155; Planck, Anm. 5 c zu § 817; Staudinger, § 817 Anm. 2 d.

74) Warneyer Rspr. 10, 16 (4. Z. S.).

75) Enneccerus-Lehmann, a.a.O., Heck a.a.O. S. 35.

76) Heck, S. 3, 27.

77) Beachtung und Zustimmung verdienen die weitgehenden Einschränkungen des Reichsgerichtsräte-Komm. (§ 817 Satz 2 Anm. 4), die die Ausschlußklausel nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unter den Parteien auch noch innerhalb der materiellen Konkurrenzfälle einschränken will. Lobe a.a.O.

keine Fälle der beiderseitigen Verwerflichkeit im Sinne des § 817 Satz 2, für die nicht auch die Nichtigkeitsvorschriften der §§ 134, 138 zuträfen. Zwar sind an sich Leistungen denkbar, die einen beiderseitigen, aber geheimen Sittenverstoß enthalten und deshalb nicht gemäß § 138 nichtig sind, aber derartige Leistungen sind in der Rechtsprechung bisher im Zusammenhang mit den Vorschriften des § 817 Satz 2 noch nicht bekannt geworden. Weil nun regelmäßig im Falle eines beiderseitigen Verstoßes im Sinne des § 817 Satz 2 zugleich auch das Rechtsgeschäft nach den §§ 134, 138 nichtig ist, so könnten bei Beschränkung der Ausschlußklausel auf § 817 Satz 1 die verwerflich Leistenden jeweils durch die Klage aus § 812 die Einrede der eigenen Verwerflichkeit ausschalten und somit die Vorschrift des § 817 Satz 2 illusorisch machen; § 817 Satz 2 würde, wie Heck sagt, aus dem Leben verschwinden und zu einem Objekt für Sammler von Fallraritäten werden. Der Umstand, daß die Ausschlußklausel, eingeschränkt auf den Tatbestand des § 817 Satz 1, überflüssig sein würde, sollte indessen nicht ein Grund für ihre Ausdehnung, sondern viel eher für ihre gänzliche Beseitigung sein. Der auf dem Grundsatz „in pari turpitudine melior est causa possidentis" beruhende Kondiktionsausschluß hat eben neben den heutigen, allgemeinen Nichtigkeitsvorschriften bei Verstoß gegen das Gesetz oder die guten Sitten keinen Raum mehr. Die Ausschlußklausel ist nicht, wie vielfach behauptet wird [78]), eine den Generalnormen der §§ 134, 138 vorgehende lex specialis. Vielmehr sind die im heutigen Recht mit allgemeiner Wirkung ausgestatteten Nichtigkeitsbestimmungen als leges posteriores der unverändert aus dem römischen Recht übernommenen Regelung wegen verwerflichen Empfanges vorzuziehen. Denn die Regelung des § 817 entspricht, wie wir sahen, vollständig der condictio ob turpem causam und der dazu gehörenden Ausschlußvorschrift des römischen Rechts, die in den §§ 134, 138 enthaltenen Nichtigkeitsvorschriften wegen Verstoßes gegen das Gesetz oder die guten Sitten sind dagegen, was ihre Allgemeinwirkung anbetrifft, modern. (Vgl. 2. Kapitel S. 8). Infolgedessen ist es richtig, daß entsprechend dem Grundsatz „lex posterior derogat legi priori" im Konkurrenzfall die Nichtigkeitsvorschriften der §§ 134, 138 vor der gewissermaßen mit der Entwicklung nicht mitgekommenen Regelung der condictio ob turpem causam den Vorrang verdienen. Für die condictio selbst bleibt dabei, wie im zweiten Kapitel festgestellt wurde, auch heute noch ein bestimmter, wenn auch geschmälerter selbständiger Anwendungsbereich, für die Ausschlußklausel dagegen nicht. Und dies mit gutem Grunde! Denn unserem außerordentlich systematischen und stets aufs Ganze ausgerichteten Bürgerlichen Gesetzbuch entspricht grundsätzlich nicht mehr die Einstellung, daß in Fällen beiderseitiger Verwerflichkeit die Leistung immer dort bleiben soll, wo sie sich jeweils gerade befindet, unabhängig von dem Grade der Verwerflichkeit der einzelnen — vergleiche § 254! — und unabhängig davon, ob bereits die Gegenleistung erbracht ist oder nicht; uns widerstrebt heute eine „Belohnung" des verwerflichen Teiles, die nur auf der zufälligen Tatsache beruht, daß der andere Teil vorgeleistet hat. Von vielen wird deshalb auch die Ansicht vertreten, daß im künftigen Recht im Falle beiderseitiger Verwerflichkeit dem Staat eine Konfiskationsmöglichkeit eingeräumt werden müsse. Den Vorschriften des Preußischen Landrechts (ALR. I 16 §§ 205, 206, 209) entsprechend müsse in Zukunft der Fiskus bei beiderseitigem Verstoß gegen das Gesetz oder die guten Sitten die verwerfliche Leistung nach seinem Belieben einziehen können [79]).

Gegen diesen Vorschlag sind jedoch erhebliche Bedenken geltend zu machen. Die Konfiskationsmöglichkeit des Staates würde nämlich gesetzestechnisch noch verfehlter sein als die jetzige Regelung des Rückforderungsausschlusses. Denn die nur eventuelle Konfiskationsmöglichkeit würde eine

78) Oertmann § 817 Anm. 4 b; Heck, a.a.O. S. 23; Enneccerus I § 51 II § 5; u. a.

79) Nipperdey, a.a.O.; Dölle, a.a.O.; Heinr. Lange, „Vom alten zum neuen Schuldrecht", Hanseat. Verlagsanstalt Hamburg, Breslau 1934. S. 65; Leske, Deutsches Recht, 8. Jhrg. S. 240 ff.; Rumpf, a.a.O.

Strafvorschrift sein, die ebenso sehr den Grundsätzen des Strafrechts wie auch denen des BGB. widerspräche. Den Grundsätzen des Strafrechts widerspräche, daß die Leistung vom Staate eingezogen werden kann und nicht auch eingezogen werden muß, (Verletzung des Prinzips der Gleichmäßigkeit — Offizialmaxime!), weiterhin, daß nur die Leistung des Vorleistenden und nicht auch die des ebenso verwerflichen oder vielleicht noch verwerflicheren anderen Teiles eingezogen wird (Verletzung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit). Dem BGB. widerspricht wiederum die Vermengung von zivilrechtlichen Kondiktionsvorschriften mit strafrechtlichen Konfiskationsvorschriften. Schon die bei vielen anderen Gesetzen vorliegende Vermischung von bürgerlichem Privatrecht und öffentlichrechtlichem Strafrecht ist bedauerlich; der Fortfall der reinlichen Trennung zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht, die für das BGB. bis jetzt immer noch gilt, wäre erst recht beklagenswert. Aber auch der Staat geriete durch eine derartige Strafvorschrift in eine peinliche Zwitterstellung von Hoheitsträger und Prozeßpartei. Mit welcher causa sollte beispielsweise der Staat den Erlös für ein Bordellgrundstück einziehen können, wenn er selbst das Bordellwesen konzessioniert und sich damit gewissermaßen „gleichfalls" einer die Einziehung der Leistung ausschließenden turpitudo schuldig macht? Es hat bisher dem Recht immer geschadet, wenn es mit fiskalischen Interessen verquickt wurde. Dadurch sind stets gute Absichten des Gesetzgebers vereitelt worden[80]). Auch verfahrensrechtlich würde diese Regelung Schwierigkeiten bereiten, da bei jeder Kondiktionsklage wegen verwerflichen Empfanges ein Staatsanwalt als Vertreter der Staatsbehörde hinzugezogen werden müßte, — ein im Zivilprozeß immer mißlicher Zustand! Vor allem aber spricht gegen die Aufnahme einer Konfiskationsmöglichkeit, daß dadurch die ganze Vorschrift der Herausgabe wegen verwerflichen Empfanges überflüssig gemacht würde. Der praktische Erfolg würde nämlich der sein, daß aus Furcht vor einer etwaigen Einziehung der Leistung durch den Staat die Klage wegen verwerflichen Empfanges fortan überhaupt nicht mehr angestrengt werden würde. Rumpf[81]) sieht in der Konfiskationsmöglichkeit einen „wirksamen Hemmschuh", wenn unsittliche Parteien die Gerichte immer wieder mit ihren Rückforderungsansprüchen behelligen. Die Fragwürdigkeit dieser Methode, die Gerichte vor lästigen Querulanten zu bewahren, erübrigt jede weitere Erörterung des Rumpf'schen Gesichtspunktes. Infolgedessen dürfte nach allem die beste Abänderung der Ausschlußklausel im zukünftigen Recht immer noch ihre völlige Beseitigung sein. De lege lata aber wäre ihre alsbaldige Einschränkung lediglich auf den Kondiktionstatbestand des verwerflichen Empfanges dringend zu wünschen.

80) Wie die Konfiskation des ALR. von Zeitgenossen und späteren beurteilt wurde, zeigen folgende Ausführungen Dernburgs (Preuß. Privatrecht 5. Aufl., I § 79 S. 163): „Der Fiscus hat nur vereinzelt davon Gebrauch gemacht, einmal in uns heute recht schicanös anmutender Weise in Gestalt der Einforderung liberalen Abgeordneten angeblich verfassungswidrig gewährter privater Diäten . . . In der Tat hat jene Einmischung des Fiscus in die Privatverhältnisse etwas Gehässiges".

81) Rumpf, a.a.O. 1. Kapitel 3.